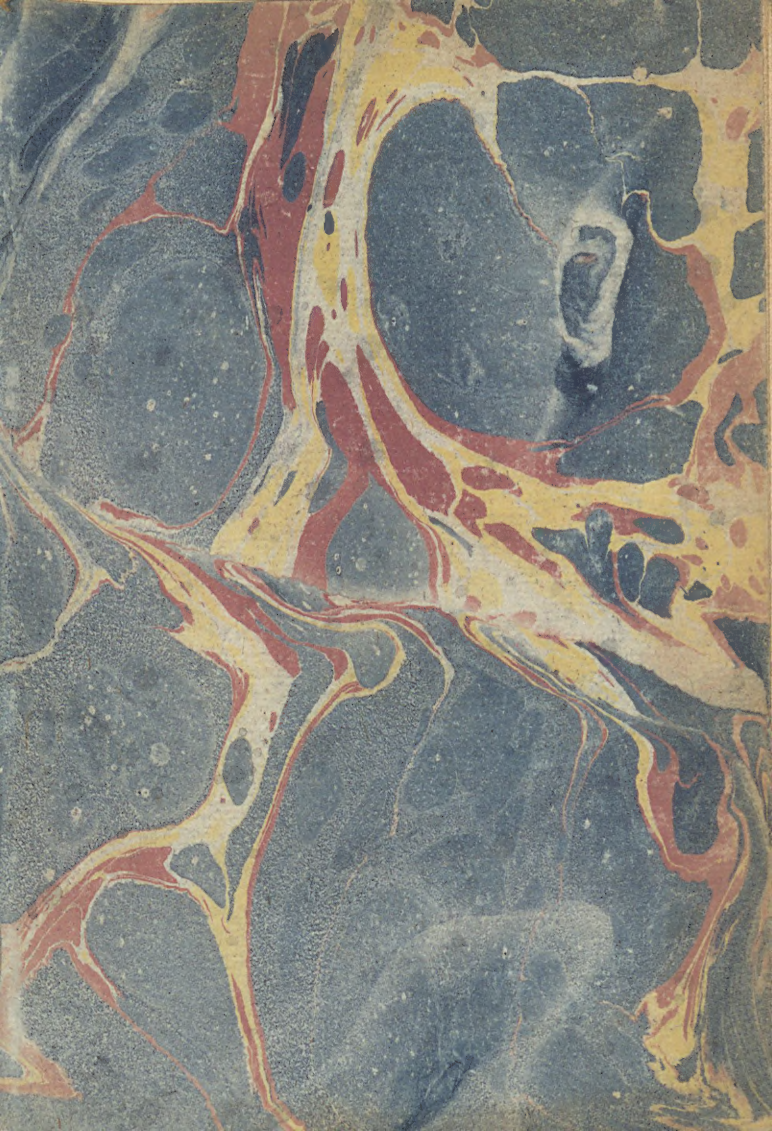






RECITACIONES

DEL DERECHO CIVIL

DE J. HEINECCIO.

TRADUCCION AL CASTELLANO,

ENRIQUECIDA CON NOTAS Y ADICIONES CONSIDERABLES,

POR

D. L. C. B.

TOMO II.

CON LICENCIA.

MADRID:

IMPRENTA DE P. SANZ: 1830.

SE HALLARÁ EN SU LIBRERÍA, CALLE DE CARRETAS.

Esta obra es propiedad de P. S.



LIBRO SEGUNDO.

TITULO XVII.

De qué modos se invalidan los testamentos.

§. DLXVIII.

Despues de sentada una doctrina, siempre sigue Justiniano en las Instituciones el buen orden de presentar luego su contraria. Por tanto, habiéndose tratado hasta aqui de los modos de hacer testamento, corresponde ahora ver como se invalidan. Sobre este punto tienen los jurisconsultos el mayor cuidado en distinguir los vocablos. Pues unos testamentos se dicen *nulos*, otros *injustos*, otros *rotos*, otros *írritos*, otros *destituidos*, y otros por último *rescindidos*: los cuales no deben confundirse entre sí, segun se verá por lo que hablaremos de cada uno de ellos.

§. DLXIX.

En primer lugar unos testamentos son en sí mismos *nulos*, lo cual sucede por dos causas. 1) *Si ha faltado algo en la institucion de heredero*; por ejemplo: si no se ha instituido heredero, ó se han preterido los hijos, &c. 2) Si el que hace testamento es *incapaz*, y no puede hacerlo por

las leyes, por ejemplo, si es impúber ó hijo de familias, *L.* 1. *ff*, *h. t.* Luego toda nulidad proviene ó de la persona del testador, ó de vicio acerca de la solemnidad interna, esto es, la institucion de heredero.

§. DLXX. DLXXI.

Se llama *injusto* el testamento que no se ha hecho legalmente, esto es, en que se han omitido las solemnidades externas, ó como se llaman en la *L.* 1. *ff. h. t.*, las solemnidades del derecho; v. gr. si no se han reunido sino cuatro testigos, ó no se ha hecho el testamento en un solo acto, ó se ha omitido otra cosa semejante. Estos testamentos son nulos é injustos, y de tal modo se invalidan, que no solamente no tiene efecto la institucion de heredero, sino que tambien se desvanecen los demas capítulos del testamento, como legados, fideicomisos, donaciones por causa de muerte, igualmente que si el testador hubiese muerto intestado. Sin embargo, á veces sucede que los testamentos injustos se sostienen por la cláusula codicilar: *si mi testamento no vale como testamento, valga como codicilo, ó de cualquier otro modo que pueda valer.* Pues por esta fórmula se hacen del testamento un codicilo, y de la institucion de heredero un fideicomiso, con tal que hayan suscrito cinco testigos. Sobre esto hablaremos mas largo en el §. 686 y sig.

§. DLXXII. DLXXIII. DLXXIV.

En tercer lugar *se rompe* á veces el testamento; lo que se hace de dós modos: 1) por el nacimiento del póstumo, y 2) por un testamento perfecto y posterior. *El nacimiento del póstumo* es de dos maneras, ó *natural* ó *civil*. *Natural*, cuando despues de hecho el testamento nace un hijo ó hija del testador, vivo ó muerto. Pues si no se ha hecho mencion de él en el testamento, con su nacimiento se rompe al punto aquel. El *civil*, cuando el testado arroga ó legítima alguno despues de hecho testamento. Pues tambien los que entran en la potestad del testador y son preteridos en el testamento, al momento le rompen. Por el *testamento posterior* se rompe igualmente el primero, con tal que aquel sea perfecto en todo. Lo cual es tan verdadero, que aunque el primero tuviese la cláusula derogatoria: *si despues hiciese otro testamento, quiero que no tenga fuerza y que valga este siempre*, no obstante, se rompe el primero por el último, *L.* 27. *C. de test.*, sin que deje de observarse esta regla, aunque en el primer testamento jurase el testador que nunca le mudará. Pues aunque comete perjurio, sin embargo, no subsiste el primer testamento si se hace otro posterior. Porque es general la regla de que: *ninguno puede imponerse á sí mismo una ley, de que no pueda apartarse. L.* 22. *ff. de legat.* 3.; ó como de otro modo dicen los jurisconsultos: la voluntad del hombre es ambulante hasta la muerte. *L.* 4. *ff. de adim.* 1. *transfer. legatis.* La razon es porque

la testamentifaccion es un acto unilateral, y el cual, no produciendo derecho á favor de nadie, nada impide tampoco el que se mude, al contrario de lo que sucede en los contratos. Pero se pregunta: si el testador no hizo nuevo testamento, sino que solamente declaró á presencia de algunos que queria que no valiese el primero, se rompe entonces el testamento? Se responde: sola esta declaracion no rompe el primer testamento, á no ser que esten presentes tres testigos, y pasen diez años desde esta revocacion *L.* 27. *C. de test.* Pues no siendo nada tan natural, como que una cosa se desate del mismo modo que se unió, *L.* 35. *ff. de R. J.*, era inconsiguiente revocar sin solemnidades un testamento solemne. Otra cosa se diria si el testador cortase, rompiese, borrase ó arrancase los signos del testamento que hubiese hecho. Pues entonces sin ninguna solemnidad se invalida, y en un sentido muy propio se rompe. Por lo demas, en todos estos casos se destruye todo el testamento y todos sus capítulos. No obstante, en tres casos puede sostenerse aquel: 1) si el testador declarase en el último testamento querer que valiese tambien el primero. En cuyo caso vale el primero como fideicomiso, igualmente que si hubiese encargado al heredero instituido en el último testamento, que restituya la herencia á los herederos nombrados en el primero, §. 3. *Inst.* §. *t.* 2) Si el póstumo que rompió el testamento muere viviendo el testador. Pues entonces, apartado el impedimento, da el pretor la posesion de los bienes segun el testamento, *L.* 12. *ff.* §. *t.* 3) Si el testador hace pedazos el segundo

testamento y deja el primero. Pues aunque en este caso esté *ipso jure* roto el testamento, sin embargo, el pretor tambien da la posesion de los bienes segun el testamento, *L.* 11. §. 2. *ff. de bonor. poss. sec. tab.*

§. DLXXV. DLXXVI.

En cuarto lugar, se llama *írrito* el testamento cuando muda el estado del testador, esto es, cuando sufre la *capitis diminucion* máxima, media ó mínima, §. 4. *Inst. h. t.* Pues en todos estos casos vuelve el negocio á un estado de donde no puede empezar. Porque por la *capitis diminucion* máxima se hace el testador siervo, por la media estrangero, y por la mínima hijo de familia; y ni el siervo, ni el estrangenro, ni el hijo de familias pueden hacer testamento. Sin embargo, aunque el testamento írrito se destruye manifiestamente, no obstante socorre el pretor á los instituidos herederos, con tal que el testador sea hábil segunda vez al tiempo de su muerte. Supongamos que Ciceron antes del destierro habia hecho testamento; ciertamante que este por el destierro se hacia írrito. No obstante, siendo poco despues restituido *in integrum*, y muriendo como ciudadano romano, el pretor podia en virtud de su testamento írrito dar la posesion de los bienes segun el testamento, §. 6. *Ins. h. t.*

§. DLXXVII.

En quinto lugar, ciertos testamentos se llaman

destituidos, siempre que el heredero instituido ó no quiere, ó no puede adir la herencia, y por tanto no existe ningun heredero por testamento. Pues entonces ello mismo lo dice, que el asunto viene á parar al caso de intestado, y por tanto que se destruye todo el testamento, §. 6. *Inst. de hered. qui ab intest.* Lo primero, á saber: cuando repudiaba el heredero el testamento, sucedia muchas veces por temor de las deudas. Mas hoy dia acontece rara vez despues que se estableció el *beneficio de inventario*, pues ciertamente hoy dia nadie está obligado mas que hasta donde alcanza la herencia, con tal que haga inventario, del cual hablaremos abajo en el §. 599.

§. DLXXVIII.

Ultimamente, en sesto lugar se dice que algunos testamentos se rescinden; lo cual se hace por la *queja de inoficioso testamento*, de la que trataremos exprofeso en el título siguiente.

TITULO XVIII.

Del testamento inoficioso.

§. DLXXIX.

Habiendo dicho que el testamento se rescinde por la *queja de inoficioso testamento*, se tratará ahora de ella con algun esmero. Y ciertamente, al instante ocurre una interesante cuestion acerca del orígen de dicha queja; sobre lo cual no estan de acuerdo varios ilustres autores. Francisco

Duareno, *prælect. ad* §. 1 *C.* 2. juzga que se deriva de las constituciones de los príncipes. Pero claramente se engaña, no solo por hacer Ciceron varias veces mencion de esta queja en tiempo de la república libre, sino tambien por referir Valer. Max. *L.* 7. *C.* 7. §. 5. que esta accion fue establecida el año 682 de la fundacion de Roma, por el pretor Calpurnio. Ni se equivoca menos Pedro Piteo en sus notas *ad collationem leg. Mosaic. et Romanar. Tít.* 16. §. 3., pues cree que fue introducida esta queja por el pretor. Lo contradice la *L.* 6. *pr. ff. de bonor. posess. contr. tabb.*, donde espresamente se dice, *que el pretor no ausiliaba á los desheredados.* Es singular la conjetura de Jacobo Cujacio, que opina que esta queja fue introducida por la ley Glicia. Mas tambien la hemos destruido en nuestras *Ant. Rom. h. t.* §. 5. Por lo cual es fuera de toda duda que los autores de esta queja fueron los jurisconsultos, quienes viendo que muchas veces desheredaban los padres á sus hijos sin justa causa, y sabiendo que los furiosos y mentecatos no podian hacer testamento, fingieron que semejante testador no estaba en su sano juicio; probándolo con el hecho de desheredar ó preterir á los hijos que no se habian hecho acreedores á ello.

§. DLXXX.

Asi que, aquella accion por la cual los hijos injustamente desheredados rescindian el testamento de los padres, se llama con el nombre particular de *queja de inoficioso testamento*; de cuya de-

nominacion igualmente se ha de dar razon. Es de saber, que asi como se decia que los estraños *entablaban aciones entre sí*, asi los parientes solamente se *quejaban*. Por tanto, no compitiendo este remedio sino á los parientes contra les testamentos de sus parientes, no se llamaba *esto accion*, sino *queja*; como ya observó *Voss. Inst. Orat. l.* 1. *C.* 6. §. 2. Se dice *inoficioso* de la palabra *oficio*. Pues ya habia observado Séneca 1. 3. *de benef. C.* 18., que los romanos distinguian con cuidado el oficio, beneficio y servicio: el *beneficio* se prestaba por los estraños, el *servicio* por los que estan en nuestra potesiad; últimamente, el *oficio* por los parientes. Por tanto de aqui colegian los jurisconsultos, que pertenecia al oficio de los parientes el instituirse herederos recíprocamente al morir. Por lo cual, si uno no lo hacia, se decia que habia obrado contra el oficio, y por tanto que su testamento era inoficioso.

§. CLXXXI.

Esto supuesto, fácilmente se entenderá la definicion de esta queja. Pues no es otra cosa que una especie de peticion de la herencia, por la cual los injustamente desheredados, y á veces tambien los preteridos, obran contra los herederos instituidos en el testamento para rescindir este, y ser admitidos ellos á la herencia abintestato. Y se pregunta: quiénes pueden interponer esta queja? Antiguamente se estendia tanto este remedio, que hasta los amigos rescindian los testamentos de los amigos, como lo demuestran los ejem-

plos que se hallan en Val. *M. L. 7. C. 7.* Empero hoy dia la cosa es muy distinta, y muy atinadamente aconseja Ulpiano, *L. 1. ff. h. t.*, que los parientes mas remotos que los hermanos harán mejor en no arruinarse con gastos infructuosos, no teniendo ninguna esperanza de conseguir su intento. Por tanto hoy dia se observa esta regla: todos aquellos á quienes se debe la porcion legítima pueden tambien quejarse del testamento inoficioso. Ahora bien; habiendo enseñado arriba al §. 527. que la porcion legítima se debe á los hijos, padres y hermanos de parte de madre ó padre, si á estos se les prefiere persona torpe, es consiguiente que solamente estos puedan tambien entablar la queja de testamento inoficioso.

§. DLXXXII.

Sin embargo, no siendo necesaria siempre esta queja, por el contrario, bastando á veces otros remedios, se pregunta: en qué casos hace falta? Aqui observamos: 1) que no es necesario este remedio cuando son preteridos los hijos, ó desheredados injustamente. Pues arriba vimos que semejante testamento era nulo *ipso jure*; y lo que es nulo no puede rescindirse. Por lo que mejor establecen los hijos en este caso la queja de nulidad, por la cual se destruye todo el testamento. 2) Tampoco necesitan de aquella queja los que han sido instituidos herederos en una pequeña parte. Pues (a) de estos no puede decirse que han sido preteridos ni desheredados. (b) Como hemos visto al §. 545. 3.

los que han sido instituidos en pequeña parte, tienen la accion *in factum expletoria* para completar la legítima. *L.* 3. *C. h. t.* 3) Luego hoy dia hay tres casos en que puede interponerse esta queja. (*a*) Si la desheredacion se ha hecho sí con justa causa, mas el desheredado, sin embargo, niega que sea verdadera; en cuyo caso corresponde la prueba al instituido heredero. Por ejemplo: el padre deshereda al hijo porque este le azotó, y el hijo niega haberlo hecho; ciertamente que si entonces el instituido heredero no puede probar el hecho, se rescinde el testamento como inoficioso. (*b*) Si los padres son preteridos por los hijos, ó los hijos y nietos por la madre ó abuelo materno, ó si tambien á los hermanos y hermanas es preferida persona torpe. Pues todos estos, no pudiendo usar de ningun otro remedio, rescinden con esta queja el testamento. (*c*) Si la causa de la desheredacion fuese á la verdad justa, pero no estuviese espresa en el testamento. Por ejemplo, si el padre dijese: deshereda á mi hijo por cierta causa; entonces bien puede el hijo rescindir el testamento por esta queja.

§. DLXXXIII. DLXXXIV.

Faltan dos cuestiones: *primera*, cuando cesa esta queja; *segunda*, qué efecto tiene. En cuanto á lo primero ha de saberse que esta accion es muy odiosa, porque muchos creian que los hijos faltaban á la reverencia de los padres, negando que estaban en su sano juicio. De aqui es que cesaba, 1) siempre que habia á la mano otro reme-

dio. 2) Si el desheredado moria antes de entablar la accion. Pues no competia á los herederos, á no ser que ya estuviese preparada, esto es, deducida en el tribunal. 3) Pasados cinco años, pues no duraba mas esta accion tan odiosa. 4) Si el desheredado aprobase el testamanto del difunto de cualquier modo, ya espresa, ya tácitamente, ó con su nombre, ó con el ageno, con tal que no lo haga por necesidad. Asi, por ejemplo, si el hijo desheredado se presentase en juicio como procurador del legatario, y reconociese el legado dejado á su cliente, no puede despues quejarse del testamento como inoficioso. Mas si lo hiciese como tutor á nombre del pupilo, puede con razon entablar esta queja, porque lo otro lo hacia por necesidad en virtud de su oficio. Por último, respecto del efecto de esta queja, antiguamente se destruia todo el testamento y todos sus capítulos si se rescindia; pero alteró esto Justiniano por la *Nov. CXV. C.* 3., y estableció que rescindido el testamento solo se invalidase la institucion de heredero, y quedasen en su vigor todos los demas capítulos del testamento, como legados, fideicomisos, nombramientos de tutores. Una escepcion se ha de tener presente, si el hermano ó hermana dicen que el testamento es inoficioso por habérseles preferido persona torpe. Pues entonces si triunfan, se destruye todo el testamento por la *Nov. XXIII. C.* 47. donde en nada se mudó el Derecho antiguo acerca de la queja de los hermanos y hermanas.

TITULO XIX.

De la cualidad y diferencia de los herederos.

§. DLXXXV. DLXXXVI.

Vimos arriba que los testadores tienen ámplia facultad de instituir los herederos que quisieren. Sin embargo, no todos los herederos son de un mismo género; por tanto se pregunta en este título: 1) de cuántas maneras son los herederos? 2) Cómo adquieren ó repudian la herencia? En cuanto á la primera pregunta, los herederos se distinguen en *necesarios*, *suyos y necesarios*, y *voluntarios ó estraños. Necesarios* se dicen aquellos que estan obligados á ser herederos, quieran ó no quieran: *suyos y necesarios*, los que el testador está obligado á instituir herederos ó desheredarlos, y nombrados tambien ellos tienen que serlo: *voluntarios ó estraños*, los que tienen libertad de adir ó no la herencia. La razon de esta diferencia se ha de traer de mas alto. Digimos arriba que el testador está en el lugar de legislador, y que el testamento es á modo de ley. Ahora bien; el legislador puede obligar con su ley á los súbditos, y no á los estraños. Por tanto, tambien el testador puede obligar con su testamento á los siervos é hijos constituidos dentro de su potestad á que sean sus herederos, mas no á los estraños. Y de aqui es, que aquellos son herederos necesarios, ó suyos y necesarios, y estos voluntarios.

§. DLXXXVII.

Los siervos propios, ya instituidos con libertad ó sin ella, son herederos *necesarios*. Pues aunque esté nombrado heredero sin libertad, no obstante, se presume que se le ha dado esta en la misma institucion, porque el que quiere el efecto tambien parece que quiere la causa, §. 536. Asi que, si uno hubiese nombrado heredero á un siervo propio, no estaria en su arbitrio el adir ó repudiar la herencia, sino qne necesariamente tenia que adirla, ó por mejor decir, sin la adicion era heredero *ipso jure*. La razon de esta disposicion legal era que muchas veces los señores, oprimidos de deudas, instituian heredero á un siervo para que se vendiesen los bienes bajo el nombre de él, y no del señor, y recayese de este modo la ignominia sobre el siervo. Véase el §. 1. *Inst. qui et ex quibus causs. manum. non poss.*

§. DLXXXVIII.

Herederos *suyos y necesarios* son los hijos constituidos á la muerte del testador bajo su potestad, y que no han de recaer en la de otro. Se llaman *suyos*, en parte porque aun vivo el padre en cierto modo eran dueños de todas las cosas, y ya porque estaban constituidos en la potestad y dominio Quiritario de los padres; como observó muy bien el ilustre Anton. Shculting., *ad Cai Inst. L. 2. tit. 3. §. 6. p.* 106. Se llaman los mismos *necesarios*, porque igualmente que los

siervos estaban obligados á ser herederos contra su voluntad, §. 7. *Inst. h. t.* Empero pareciendo duro que los hijos fuesen obligados á ser herederos, dejando muchas veces el padre mas deudas que bienes, el pretor les concedió el beneficio de abstenerse, para que si quisiesen pudieran repudiar la herencia. Pero distinguia el pretor entre los hijos púberes é impúberes. A estos les quedaba salvo este beneficio, ya se mezclasen ó no en la herencia; pero á aquellos solo se concedia este beneficio cuando no se hubiesen mezclado en ella, §. 2. *Inst. h. t.*

§. DLXXXIX. DXC.

Y aunque hoy dia son los hijos herederos voluntarios, todavía hay respecto de ellos algo de singular. Pues 1) los hijos *no aden* la herencia como los estraños, sino que son herederos *ipso jure.* 2) De los estraños se dice que *obran como herederos* de los hijos *que se mezclan en la herencia.* 3) Los estraños *repudian* la herencia, los hijos se *astienen* de ella; cuyas palabras distinguen cuidadosamente nuestros jurisconsultos. 4) Los estraños no transmiten á sus herederos la herencia que aun no han adido; mas los hijos, como son herederos *ipso jure*, al punto la transmiten.

§. DXCI. DXXII.

Hemos hablado de las dos primeras especies de herederos; siguen los *voluntarios*, que son todos los que no estan en el dominio ni en la pa-

tria potestad del testador. Teniendo pues estos el arbitrio de ser ó no herederos, se pregunta: 1) cómo adquieren la herencia? 2) Cómo la repudian? A la primera pregunta respondemos, que los estraños adquieren la herencia ó *de palabra*, ó *con hechos*. Si declaran de palabra que quieren ser herederos, se llama *adicion de la herencia*: si de hecho administran las cosas de la herencia, cultivando los campos, dando el dinero á interes &c., se dice *gestion de heredero*. Pero no obstante debe mirarse esto con cuidado. Pues si el instituido heredero hace lo que acostumbran hacer los herederos, pero añade sin embargo la protesta de que no lo hace con ánimo de ser heredero, se le reputará mas bien como *agente de negocios*, *L.* 20. *pr. ff. de adqu. l. omitt. hered.* Estos son los dos modos de adquirir la herencia; ahora trataremos de cada uno de ellos exprofeso.

§. DXCIII. — DXCVI.

Adicion es un acto legítimo por el cual el instituido heredero declara su voluntad de tomar la herencia, la cual adquiere por el mismo hecho. De esta definicion nacen tres axiomas: 1) La adicion es declaracion de la voluntad. 2) Es acto legítimo. 3) La herencia se adquiere por la adicion. Del primer axioma se derivan las siguientes conclusiones: (1) los furiosos, mentecatos, y niños no pueden adir la herencia; porque, cómo han de declarar su voluntad los que no saben lo que se hacen? No obstante, para que no se priven de la herencia asi abandonada, pueden adir-

la por ellos sus padres, tutores y curadores. (2) Los pupilos mayores de la infancia pueden adir para sí la herencia con tal que interponga su autoridad el tutor. La razon porque es necesaria la autoridad del tutor, no obstante que hacen mejor su condicion, ya la dimos al §. 252., á saber; porque la adicion de la herencia era un acto solemne que no podia esplicarse nunca sin autoridad del tutor, *L.* 19. *ff. de auct. tut.* (3) Los hijos de familia no pueden adir la herencia sin el mandato de sus padres. Pues adquiriendo los hijos por derecho antiguo la herencia para sus padres, nada mas justo que el que tambien ellos consintieran. Empero esto se mudó por Derecho nuevo, de manera que si el padre sin razon se opone, puede tambien el hijo adirla contra la voluntad de aquel, y entonces tiene la herencia como peculio estraordinario (§. 481. 1.), *L. ult. C. de bon. quæ lib.* (4) La adicion debe hacerse sin fuerza ni coaccion, puesto que es una declaracion de la voluntad, la cual debe ser espontánea, y no arrancada por fuerza ó miedo, pues nada hay mas contrario al consentimiento, *L.* 116. *pr. ff. de R. J.* (5) Se ha de adir toda la herencia, y no parte de ella. Pues de otro modo sucederia que moria uno parte testado, y parte intestado; lo que hemos advertido varias veces que no puede ser. (6) Adquirimos ciertamente la herencia adida en cuanto al dominio, y no respecto de la posesion. Pues esta es de tal naturaleza, que no se adquiere solamente con el ánimo, sino con el ánimo y cuerpo juntamente. Luego tampoco basta que declare el heredero que quiere

serlo, sino que ademas debe tomar posesion de los bienes hereditarios con algun acto corporal, *L.* 23. *pr. ff. de adqu. vel omit. hered.* Estas conclusiones provienen del primer axioma. Sigue el *otro*, que la adicion de la herencia es un acto legítimo, *L.* 77. *ff. de Reg. Jur.* De él se sigue, (7) que la adicion de la herencia no puede hacerse por procurador, ni condicionalmente, ni desde cierto dia, ni hasta tal dia. Pues como manifestamos al §. 70., los actos legítimos no admiten ninguna de estas cosas. Sigue el *tercer* axioma: la herencia se adquiere por la adicion. Y de él se infiere, (8) que antes de adirse la herencia no se transmite á los herederos. Pues al heredero no pasa sino lo que tuvo el difunto: antes de la adicion no tuvo aun el heredero la herencia, sino la esperanza; y la esperanza, si bien se transmite á los herederos en los contratos, no es lo mismo en las últimas voluntades, §. 539. 4. (9) Adida la herencia, sucede el heredero en todos los derechos y obligaciones del difunto, y por tanto está obligado á pagar todas las deudas, aunque no pueda cubrirlas la herencia. Y de aqui es, que si muchos son coherederos, cada uno paga las deudas á prorata, aunque quizá lo hagan con gran detrimento. Siendo lo cual muy duro, se inventaron poco despues algunos beneficios, de que se tratará en los §§. siguientes. (10) La adicion de la herencia es al mismo tiempo un cuasi contrato, §. 5. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc.* Pues del que ade la herencia se presume que se obliga á los legatarios y fideicomisarios, y que quiere prestar y cumplir lo que contiene el testamento. Por lo

que tambien tienen estos contra el heredero la accion de testamento para que pague los legados y fideicomisos, §. 986.

§. DXCVII. DXCVIII.

Siendo tan dura la condicion del heredero que estaba obligado á pagar todas las deudas del difunto, se inventaron, como digimos, ciertos beneficios de que pudiese usar, á saber; el *derecho de deliberar*, y el *beneficio de inventario. Derecho de deliberar* es el tiempo concedido por la ley al heredero para que indague si la herencia tiene mas bienes que deudas, y al mismo tiempo pueda determinar si le conviene adir ó repudiar la herencia. Este espacio no es siempre de una misma duracion. Pues ó los acreedores instan por el pago, ó no hay quien estreche. En el último caso tiene el heredero treinta años, dentro de los que puede deliberar, pues otro tanto tiempo dura la peticion de la herencia. Y en el primer caso, ó se concede el espacio de deliberar por el príncipe, ó por el magistrado. Si por el príncipe, es de un año; si por el magistrado, de nueve meses, *L. ult.* §. 13. *C. de jur. delib.* Empero en el dia no es frecuente el uso de este beneficio, porque es mucho mas pingüe el otro, por el cual puede cualquiera sin ningun peligro adir al punto la herencia.

§. DXCIX.

Este otro beneficio de *inventario* fue hallado por nuestro Justiniano, *L. ult. C. de jur. delib.*

Y aqui hemos de examinar el modo de hacer este inventario, y cual sea su efecto. El *modo* de hacer el inventario (ó como de otro modo se llama en el derecho *repertorio*) está prescrito aqui por Justiniano, que dispone: 1) que se empiece dentro de treinta dias desde el de la noticia, estando admitido en todas partes que al momento de morir el testador se selle todo por la autoridad pública, para que no pueda quitarse nada en tanto que no se haga el inventario. 2) Que se perfeccione dentro de sesenta dias, ó si la herencia es muy cuantiosa dentro de un año, para que asi los acreedores no tengan que esperar mas tiempo. 3) Que intervengan escribanos ó notarios que formen un índice de todos los bienes de la herencia. 4) Que sean citados todos los interesados, como legatarios y coherederos ausentes. 5) Que si no pueden estar presentes, concurran á lo menos tres testigos fidedignos. 6) Que concluido el inventario, esprese el heredero la suma, y lo firme; ó si no sabe que lo mande hacer al escribano. Observados estos requisitos, son varios los *efectos* del inventario, como 1) que el heredero no está obligado á pagar las deudas mas de lo que alcance la herencia: 2) que se impide la confusion de bienes; y por tanto, 3) tambien puede el heredero pagarse á sí mismo, si le debia algo el difunto: 4) que si no hay dinero en la herencia, pueda el heredero pagar á los acreedores con prados, casas y muebles, aunque ellos no quieran; todo lo que no pueden hacer los que no hayan formado inventario.

§. DC.

Hasta aqui de la adicion de la herencia. Mas pudiéndose tambien repudiarla á su antojo, se hablará igualmente de la repudacion. Se hace asimismo por *palabras* ó por *hechos*: por palabras, si declarase el instituido heredero que no quiere ser heredero; con hechos, si permite que se pase el tiempo de deliberar sin adir la herencia, ni obrar como heredero. Y debe observarse que no hay aqui lugar al arrepentimiento. Por lo que, el que una vez ade la herencia no puede despues repudiarla, á no ser menor, á quien, cuando se le ha perjudicado, da el pretor la restitucion *in integrum*, *L. 7. §. 10. ff. de minoribus.* Ni el que una vez repudió la herencia puede en seguida adirla, porque repudiada al instante adquieren los herederos abintestato un derecho que no se les puede quitar contra su voluntad.

TITULO XX.

De los legados.

§. DCI. DCII.

Justiniano se aparta aqui por un momento del orden que se habia propuesto; pues siendo los modos de adquirir, de que se está tratando, ó *universales* ó *singulares*, y habiéndose empezado á hablar ya de los universales, esto es, de la *herencia*, pedia ahora el orden que se esplicasen los

demas modos universales de aquirir. Pero destinando estos para el principio del libro III., mezcla aqui la doctrina de los *legados*, sin embargo de ser un modo singular de adquirir. No obstante, seguiremos el orden del emperador. Ante todas cosas se pregunta: qué es *legado*? Modestino en la *L.* 36. *ff. de legat.* 2., le define diciendo: que es una donacion dejada en el testamento, y Justiniano, *pr Inst. h. t.*, dice: que es cierta donacion dejada por el difunto, y que debe cumplir el heredero. Mas ni una ni otra definicion se ha de seguir. Pues 1) la donacion es un pacto que no puede subsistir sin el consentimiento de uno y otro; y el legado es una liberalidad unilateral que se hace aun ignorándolo el legatario. 2) Es falso que tenga siempre el heredero que cumplir el legado. Pues puede tambien imponerse al legatario la obligacion de que preste un legado. Siendo por tanto falsas una y otra definicion, se describirá mejor el legado, *L.* 116. *ff. de legat.*, diciendo, que es una porcion de la herencia que el testador quiere con palabras directas que se dé á alguno; la cual en otro caso seria del heredero. Si alguno pregunta: en qué se diferencian el legado y fideicomiso, no es dificil la respuesta en virtud de esta definicion. Pues 1) los fideicomisos se dejaban con palabras suplicativas, y los legados con palabras directas, esto es, imperativas. De donde tambien toma nombre el legado; porque ciertamente, *legar* es disponer á modo de ley, mandar, ordenar, como observó Ulpiano, *Fragm. tit.* 24. §. 1. Existe un ejemplo en Plauto, *Cas. Act. I. sc. I. v.* 12., donde se lee:

Quin potius id, quod tibi legatum est, negotium,
Id curas . . . .

Tambien se llamaban *legados* los que se enviaban á los estrangeros con órdenes; y *relegados*, los que por la ley de la ciudad eran mandados salir de ella, ó de la provincia. Por lo que del mismo vocablo se deduce, que los legados se deben dejar con palabras imperativas. 2) Antiguamente se diferenciaban ademas los legados y fideicomisos, en que estos se podian dejar aun en los codicilos no confirmados por testamento, y aquellos solamente en los confirmados por testamento. Aparece no solo de Ulpiano, *Fragm. tit.* 25. §. 3. 8., sino tambien del memorable pasage de Plinio, *Lib.* 11. *ep.* 16., donde dice elegantamente: aun los mas ignorantes saben que los codicilos no confirmados por testamento se tienen por no escritos. 3) Los fideicomisos se podian dejar tambien en griego: los legados solamente en latin, que era la verdadera lengua del legislador Ulp., *Tit.* 25. §. 8. 9. 4) Los legados se interpretaban estritamente, los fideicomisos con mas benignidad. Tantas eran las diferencias que habia antiguamente entre los legados y fideicomisos. Empero Justiniano las quitó del todo, é igualó entre sí los legados y fideicomisos, como notaremos poco despues.

§. DCIII. DCIV.

Hemos visto qué son legados; ahora se pregunta: de cuántas maneras son? Antiguamente los legados eran de cuatro géneros, cuya division

nos la conservaron Teofilo, *Paraphr. h. t. Inst.* Ulpiano, *Fragm. tit.* 25. y Cayo, *Inst. Lib. II. tit.* 5. A saber; unos legados se dejaban por *vindicacion*, con las palabras: *doy*, *lego*, *toma*, *recibe*, *ten.* Con estas fórmulas solo se podian legar las cosas que estaban en el dominio del testador; y era el efecto de este legado, que muerto el testador se hacia el legatario dueño de la cosa, y podia vindicarla como suya. Otros se legaban por *condenacion*, con las palabras: *mi heredero, estas obligado á dar*, *da*, *haz*, *mando que des.* Con estas fórmulas podian legarse tanto las cosas propias como agenas. Por lo cual no se hacia al instante dueño el legatario, sino que pedia el legado por la accion personal de testamento. Otros se legaban por *modo de permiso*, con las palabras: mi heredero, permite que el legatario tome &c. Con esta fórmula se podian dejar las cosas del testador y del heredero; y era efecto de esto, que el legatario podia obligar por accion personal al heredero á que le dejase tomar la cosa. Ultimamente, algunos legados se dejaban á manera de *mandato*, con las palabras: mi heredero, te mando que tengas en especial para tí esta cosa. Este suele llamarse *prolegado*, y no puede dejarse mas que á uno de los herederos. Por lo que el efecto de este legado es, que antes que los herederos partan la herencia puede el coheredero tomar anticipadamente este prolegado de la masa comun. Cualquiera ve que antiguamente eran de grande consideracion las diferencias de estos cuatro legados. Y no obstante no se hace mencion de ellos en las ff. porque como ya observó Salmacio, borró Tri-

boniano estos vocablos en todas partes. Veremos la razon en el párrafo siguiente.

§. DCV.

Advirtiendo Justiniano que tantas diferencias hacian algo dificultosa la jurisprudencia, con consejo bastante prudente mudó dos cosas del Derecho antiguo. 1) Estableciendo que en adelante no hubiese entre los fideicomisos y legados mas diferencia que la fórmula de las palabras, siendo por lo demas de igual naturaleza é índole. 2) Ordenando que no hubiese aquellas diferencias entre los legados, sino que con cualquiera fórmula que se dejasen todos tuvisen un mismo efecto. Por tanto cesan hoy dia las diferencias entre legados y fideicomisos, que referiremos al §. 602.; cesa la diferencia de los legados esplicada al §. 603.; y por tanto hoy dia solo tiene uso en el foro un género de legados.

§. DCVI.

Llegamos ya á los axiomas, los cuales se derivan de lo dicho hasta aqui. El 1) es que todos los legados y fideicomisos son del mismo efecto, cualquiera que sea la fórmula con que se hayan dejado. §. 2. *Inst. h. t.* Este axioma nace de que segun se ha dicho en el párrafo anterior, Justiniano quitó todas las diferencias que habia entre los legados y fideicomisos. 2) Todos los legados y fideicomisos se han igualado de manera, que lo que falta á los fideicomisos puede suplirse por la

naturaleza de los legados, y viceversa. Asi, por ejemplo, digimos arriba que antiguamente solo se podian dejar los legados en latin, y los fidicomisos tambien en griego. Pero estando en el dia uniformados en un todo los legados y fideicomisos, tambien los legados se pueden dejar en griego y en cualquiera otra lengua. 3) El dominio del legado de especie pasa al legatario sin ninguna tradicion al momento que muere el testador. Arriba hemos visto que no sucede lo mismo en la herencia. Pues el dominio de ella no pasa al heredero hasta despues de la adicion. Mas no es oscura la razon de la diferencia. Porque la herencia en cierto modo es peligrosa por las deudas, y por tanto no se miraria por el bien del heredero, si al punto adquiriese este la herencia. Pero el legatario no paga ninguna deuda, y por lo mismo le es tambien á él útil hacerse al instante dueño del legado. 4) Tambien se dejan los legados sin solemnidad en los codicilos; en lo que se diferencian de la herencia, que no se deja sino solemnemente. Puede alguno objetar que no valen sin embargo los legados sino concurren cinco testigos, *L. ult.* 5. *de jur. eod.* Mas se responde qne aquellos testigos no intervienen por solemnidad, sino por via de prueba, y para evitar falsedades. Por tanto bastan tambien testigos que no sean rogados, y aun las mugeres, las cuales no pueden serlo en los testamentos; sin embargo que con razones bien débiles defienda la contraria opinion Bernh. Henr. Reinaldo, *Var. c.* 5. *p.* 33.

§. DCVII.

Ahora se pregunta: quién puede legar? Lo manifiesta la misma definicion. Pues decimos que el legado es una porcion de la herencia, §. 602. Por tanto, todo el que puede instituir heredero ó hacer testamento, puede dejar legados. Por lo que se debe repetir aqui todo el *título 12. lib. 2. de his, quibus non est. perm. test. fac.* Asi, por ejemplo, vemos en aquel título que el impúber ó hijo de familia no puede hacer testamento. Luego es evidente que tampoco los mismos pueden dejar legados. Al contrario, sabiendo que los hijos de familia pueden testar del peculio castrense y cuasi castrense, nadie duda que tambien acerca de ellos pueden dar legados.

§. DCVIII.

Ni es mas dificil la cuestion: á quiénes se pueden dejar fideicomisos y legados? Se responde: 1) á todos los que pueden ser instituidos herederos, de que tratamos arriba, *L.* 2. *tit.* 14. §. 635. y sig. Por tanto, atendiendo á que, segun vimos, los colegios ilícitos no pueden ser instituidos herederos, es consiguiente que tampoco no pueden recibir legados. Se esceptua el legado de alimentos, que es tan favorable, que se puede dejar aun á los incapaces. *L. XI. ff. de alim. et cibar. leg.* Asi como 2) vimos arriba que podian ser instituidos herederos las personas inciertas, pobres, ciudades, colegios aprobados, el póstumo ageno, asi se puede dejar legados á los mismos. Al contrario, inútilmente se lega al siervo del heredero, pues

siendo cuanto adquiere el siervo para su señor, si se mandase al heredero que pagase un legado al siervo, seria igual que si se le pagase á sí mismo; lo cual en verdad seria muy absurdo. *L.* 116. *de legat.* 1.

§. DCIX.

Ahora se pregunta: *por quién se puede legar*? Cuya frase se ha de entender bien antes de todo, pues *legar por alguno* significa imponer á uno la carga de que pague un legado. Por tanto, asi como esta significion es verdaderamente jurídica, asi el sentido de la pregunta es: á quién puede imponer el testador la obligacion de que preste un legado? Se responde que antiguamente solo se podia legar por los herederos, y dar fideicomisos por todos los que perciben algo del testamento. Pero despues que los legados y fideicomisos se han igualado en un todo, se ha de observar la regla, que á todos los que perciben algo del testamento se les puede mandar que paguen legados y fideicomisos, con tal que no sean gravados mas que en lo qne han sido favorecidos. De aqui es que en el dia no hay duda que pueden dejarse legados por medio del heredero, legatario, fideicomisario y donatario por causa de muerte. Asi, por ejemplo, puede decir el testador: lego á Seyo el fundo Corneliano, y á Sempronio dos mil que le pagará Seyo. Mas si á Seyo se le hubiesen dejado tres mil con el gravámen de dar cuatro mil á Sempronio, seria absurdo este legado, porque se le habia pensionado mas que se le habia favorecido. De lo mismo se manifiesta que á

ninguno se le puede legar cosa propia; ó lo que es lo mismo, á nadie se puede legar por medio de sí mismo, porque qué liberalidad seria legarme lo que es mio? No obstante, si el testador me legase mi casa con la condicion, si dejase de ser mia, seria válido este legado, porque en el caso de dejar de pertenecerme está obligado el heredero á comprarla para mí, ó pagarme su valor, *L. 1. ult. ff. de reg. Catonian.*

§. DCX. DCXI.

La principal cuestion es: qué cosas pueden ser legadas? Se responde: 1) pueden ser legadas todas las cosas que estan en la naturaleza, ó que al menos pueden existir. Asi, por ejemplo, si uno lega á Pedro la vendimia del año que viene, esta vendimia á la verdad no existe en la naturaleza de las cosas; y no obstante, porque puede existir, y hay esperanza de que existirá, vale este legado. Siendo tambien 2) las cosas ó corporales ó incorporales, de unas y otras se puede dejar útilmente el legado. Asi nadie duda que pueda legarse el usufructo, las servidumbres, el derecho de cazar, el nombre, no obstante de ser todas estas cosas incorporales. 3) Se requiere sin embargo que esté la cosa legada en el comercio; de otro modo ni puede darse ni recibirse. De aqui es, que seria disonante el legado de un templo, del mar, de un puerto ó cosas semejantes, porque todas ellas estan exentas del comercio de los particulares, *L.* 49. §. 2. 3. *ff. de legat.* 2. Aqui nace una curiosa cuestion. Si

se han legado los frutos venediros de cierto fundo, y no nace nada en él, se prestará sin embargo de otra parte el legado? Se ha de distinguir si se han espresado los frutos por causa de demostracion, ó de tasacion. Se entiende lo primero, si se hace mencion de los frutos, no en la misma proposicion, sino en separada. Por ejemplo: lego á Pedro cien cántaras de vino que podrá sacar de la viña Corneliana. Se entiende lo último si se hace mencion del fundo en la misma proposicion, por ejemplo: doy, lego á Juan cien cántaras de vino de la viña Corneliana. Ahora bien, en el primer caso se han de dar las cien cántaras de vino, aunque no produzca nada la viña, *L.* 13. *ff. de tritico, vino, oleo legato.* En el último, si nada ha producido la viña, nada hay que prestar, *L.* 5. *ff. eod.*

§. DCXII. DCXIII.

Siendo las cosas ó propias ó agenas, se pregunta, si pueden tambien estas dejarse por via de legado? El romano pontífice, *Cap. ult. X. de testamentis*, juzga injusto é impío semejante legado, porque repugna á los últimos preceptos del decálogo. Pero en esto mismo manifiesta que no ha entendido lo que es legado de cosa agena por Derecho romano; pues cuando este aprueba los legados de cosas agenas, no quiere que se quiten á otro sus cosas contra su voluntad, sino que solamente impone al heredero la obligacion de que compre de su dueño la cosa legada y la entregue al legatario, ó si el dueño no quiere ven-

derla preste al legatario su estimacion, §. 4. *Inst. h. t.* Por tanto, vale el legado de cosa agena; por ejemplo: doy, lego á Juan el edificio de mi vecino, y el legatario recibe el edificio, ó su valor. Sin embargo, se esceptua el caso de que el testador ignorase que la cosa era agena. Pues entonces hay la presuncion de que no la hubiera legado á saber que era agena, §. 4. *eod.* Y qué sucede si el legatario hubiese adquirido ya la cosa que se le legó en el testamento? Entonces se ha de distinguir, si adquirió la cosa con título oneroso, ó lucrativo. En el primer caso está obligado sin embargo el heredero á prestar la estimacion; en el último será inútil el legado, *porque dos causas lucrativas no pueden reunirse en una misma persona y en un mismo asunto*, §. 6. *eod.* Se ha de observar bien esta regla, pues de ella nacen cuatro curiosas conclusiones. 1) Es consiguiente que si antes de la muerte del testador comprase yo el edificio del vecino, que me habia legado el testador ignorándolo, se me dará el valor de él, porque la compra es un título oneroso, §. 6. *Inst. h. t.* 2) Que si se me legase en dos testamentos la casa del vecino, y se me entregase en virtud del uno, no podria pedir en virtud del otro la estimacion de ella, porque la adquirí por título lucrativo; al contrario, si del primer testamento recibiese solamente la estimacion, puedo pedir en virtud del otro testamento la casa, porque es claro que no la tengo, y por tanto ni hay título lucrativo ni oneroso. 3) Que si se me ha legado el edificio del vecino, y solamente he adquirido parte de él con título lucrativo, se me

debe todavía la estimacion de la otra parte. *L.* 82. *pr. ff. de legat.* 4) Que si hubiese adquirido con título oneroso la propiedad sin el usufructo de la cosa agena legada, entonces recibiré solamente la estimacion de la propiedad, porque parece que se me legó la cosa como ya la tenia yo. *L.* 10. *C. h. t.*

§. DCXIV.

En seguida se pregunta: si tambien las cosas dadas en prenda se pueden legar? Por ejemplo: si el testador hubiese dado un vaso de plata en prenda de veinte florines, y despues lega el mismo vaso á Pedro, será útil este legado? Se afirma. Pues si se permite legar las cosas agenas, por qué no las dadas en prenda, puesto que en estas todavía conserva el testador la propiedad? No obstante, se añade la misma escepcion que se puso arriba. A saber; si se puede probar por el heredero que el testador ignoraba que estaba la cosa en prenda, seria el legado de ningun valor, porque se presume que sabiéndolo el testador no la hubiera legado, §. 5. *Inst. h. t.* Mas se pregunta: qué efecto tiene semejante legado de cosa dada en prenda? Obligar al heredero á que rescate la prenda y la entregue al legatario, á no ser que espresamente añadiese el testador que la rescatase el mismo legatario, *L.* 57. *ff. de legat.* 1.

§. DCXV.

Aqui corresponde la curiosa cuestion de si habiendo legado un testador, por ejemplo, un fun-

do suyo, y habiéndole en seguida enagenado en vida, es sin embargo útil este legado? Sobre esto distinguen las leyes si la enagenacion ha sido necesaria, ó solo voluntaria. *Necesaria* se dice la que se hace estrechando alguna necesidad, por ejemplo, para pagar las deudas; y *voluntaria*, la que se hace sin necesidad. Ahora bien: en el primer caso todavía es útil el legado, y es del mismo efecto que el de cosa agena, §. 602. y sig.; y en el último se destruye el legado, porque cuando enagena el testador la cosa sin necesidad, se cree que lo hace con la idea de quitar el legado al legatario. En pocas palabras; se presume que aquel ha mudado su benevolencia hácia el legatario, y por tanto la voluntad de legar, §. 12. *Inst. h. t.*

§. DCXVI. DCXVII.

Muchas veces se dejan los legados de *nombre*, de *liberacion* y de *deuda*; cuyas especies deben distinguirse con cuidado. *Legado de nombre* es cuando el testador lega á Ticio lo que le debe Sempronio. *Legado de liberacion*, cuando se deja al legatario lo que él mismo debe; últimamente, *legado de deuda*, cuando el testador deja al legatario lo que este le debe. Tocante al legado de nombre, su efecto es que el heredero esté obligado á ceder al legatario las acciones, §. 21. *Inst. h. t.* Y qué sucede si aquella deuda no es buena, y por tanto el legatario no recibe nada del deudor? Se responde, que el heredero no está oblidado á mas, bastando que dé al legatario el derecho que él tenia; de la casualidad nadie puede

responder. *El legado de remision ó liberacion* consiste en que el heredero está obligado á entregar al legatario la escritura, prendas y demas cauciones, de manera que quede del todo libre el legatario. *L.* 3. §. 2. *ff. de liberat. leg.* Aqui se mueve una cuestion curiosa, á saber; si viviendo el testador cobra la deuda, queda sin embargo útil el legado? Aqui tiene lugar la misma distincion espuesta en el §. próximo anterior. Pues si el testador cobra la deuda por necesidad, todavía vale el legado, tanto de nombre como de liberacion; pero si el testador exige el pago sin necesidad, parece que ha mudado de voluntad, y que ha quitado el legado. *L.* 11. §. 12. *y* 13. *ff. de leg.* 3. La principal que debe examinarse es si el legado de *deuda* es útil. Qué liberalidad es que el deudor legue al acreedor lo que ya le debia? A la verdad, aun sin el legado está el heredero obligado á pagar las deudas del difunto. Empero muchas veces sucede que semejante legado es útil: 1) si el testador debe *bajo condicion* y hasta cierto dia. Pues entonces la utilidad del legado es grande por la representacion, esto es, porque el heredero está obligado á pagar al instante: 2) si el débito es solamente quirografario, esto es, de sola escritura sin hipoteca. Pues por el legado adquiere el legatario el derecho de hipoteca en todos los bienes hereditarios. 3) Si el débito no está bastante claro; pues entonces tiene la ventaja el legatario de poder probar la verdad del débito por el testamento. Y asi se ha de entender el §. 14. *Inst. h. t.*

§. DCXVIII.

Sigue el *prelegado de la dote*, que no se ha de confundir con el *legado de dote.* Esta es la diferencia. El prelegado de la dote es cuando el marido lega á la muger lo que esta llevó con el nombre de dote; y el legado de dote es cuando uno lega algo á una doncella soltera para que lo entregue en dote á su esposo futuro. Ahora se habla del prelegado de la dote, y se pregunta si es útil; pues disuelto el matrimonio, aun sin semejante prelegado, se ha de restituir la dote á la muger. Sin embargo, este legado es muy útil 1) por la representacion. Porque de otro modo, consistiendo la dote en dinero contado, se ha de restituir despues de pasado un año; y el prelegado puede pedirse al instante, y de no pagarse al momento puede la viuda exigir réditos. 2) Por semejante prelegado puede librarse la muger de probar que llevó la dote al matrimonio, pues media la confesion del testador, que no puede el heredero poner en duda. 3) A veces percibe la muger por semejante prelegado la dote que no llevó, con tal que el testador haya espresado cierta suma. Por ejemplo: si el marido dice en el testamento: lego á mi muger tres mil que trajo de dote, la muger percibirá los tres mil, aunque el heredero quiera probar que esta no llevó ni una blanca. Otra cosa se dirá si el testador no hubiese espresado la suma; pues entonces solo tomará la muger lo que pruebe que llevó. *L.* 1. *§.* 7. *ff. de dot. præleg.*

§. DCXIX. DCXX. DCXXI.

Tambien se han de distinguir con gran cuidado los legados de *género*, de *especie* y de *cantidad*. Los jurisconsultos llaman *género* á lo que los filósofos *especie*, por ejemplo, un caballo, un libro, un vestido: *especie*, al contrario, es para los jurisconsultos lo que entre los filósofos individuo, por ejemplo, el caballo que está en la cuadra, las obras de Cujacio de una biblioteca, el manto encarnado de un vestuario. Ultimamente, la *cantidad* es el género señalado por un número, por ejemplo, cuatro caballos, mil florines. Respecto del *legado de especie* se han de observar las conclusiones que siguen. 1) La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario. Por ejemplo: si se ha legado el caballo de la cuadra, y muriese despues que el testador, el daño no es para el heredero, que no entrega otro, sino para el legatario. Dos son las razones. (a) Porque el dominio de la especie legada pasa al legatario desde la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño. (b) Porque el heredero es solamente deudor de la especie, y se libra si perece esta. *L.* 23. *L.* 49. *pr. ff. de V. obl.* No obstante, se han de añadir dos escepciones. Primera, si el heredero fuese moroso; pues entonces perece para él la cosa, y no para el legatario; segunda, si la cosa pereciese por culpa del heredero; pues entonces como deudor presta aun la culpa levísima. *L.* 47. §. *penul. ff. de legat.* 1. 2) Legadas dos especies copulativamente, se ha de mirar

si las dos son principales, ó la una principal y la otra accesoria. En el primer caso, pereciendo la una, todavía se debe la otra; en el segundo, pereciendo la principal, no se debe la accesoria. §. 17. *Inst. h. t.* Por ejemplo: uno me legó un caballo y un buey; muerto el caballo todavía se debe el buey. Al contrario si uno me hubiese legado un caballo con silla y arreos, muerto el caballo no se debe ni la silla ni los arreos, porque lo accesorio sigue lo principal. 3) Legada una universalidad, por ejemplo, un rebaño, el aumento y diminucion es en provecho ó daño del legatario. Y de aqui es, por ejemplo, que si el rebaño legado tenia cien cabezas á la muerte del testador, y despues se aumentó por las crias hasta ciento cincuenta, esta ganancia es del legatario. Al contrario, si el rebaño se disminuyó hasta veinte cabezas, el daño será igualmente del legatario, por la razon alegada arriba, que el dominio de la especie legada pasa al instante al legatario desde la muerte del testador. §. 18. *Inst. h. t.* Esto acerca del legado de especie. Tocante al *legado de género* se han de tener presentes dos conclusiones. 1) Que es útil si el género es ínfimo y tiene cierta determinacion por la naturaleza, mas no si es alto y de incierta determinacion. Por ejemplo: un caballo es género ínfimo, y cualquiera sabe lo que es. Mas un animal ó cosa son géneros altos; y de aqui es que seria absurdo y ridículo el legado si uno dejase á Ticio un animal ó cosa. Pues en tal caso quedaria libre el heredero si diese al legatario un raton, ó el pezon de una manzana, *L. 71. ff. de leg. 1.* 2)

La eleccion en el legado de género es del legatario; pero de modo que no puede elegir lo mejor. Por ejemplo: si el testador me ha legado un caballo de su cuadra, entonces no tiene el heredero el arbitrio de darme el que quiera; sino que á mí me compete la eleccion, con tal que no elija el mejor. §. 21. *Inst. h. t.* En lo cual se diferencia este legado del de opcion ó eleccion, de que se trata en el §. sig.

§. DCXXII.

El legado de opcion ó de eleccion es cuando el testador concede espresamente al legatario, que de muchas cosas de un mismo género escoja una para sí. Por ejemplo: Pedro, escoje el caballo que quieras de la cuadra. De este legado se ha de notar lo siguiente. 1) Que en él puede el legatario elegir lo mejor, lo que no puede en el legado de género. 2) Que si ha elegido una vez, no hay lugar al arrepentimiento, sino que debe imputarse á sí mismo el legatario el no haber elegido mas prudentemente. 3) Que antiguamente espiraba este legado si durante su vida no elegia el legatario, y por tanto no podia elegir entonces su heredero. En pocas palabras; no se transmitia á los herederos este legado antes de hacerse la eleccion. Pero varió esto Justiniano por la *L. ult. C. com. de legat. et fideicomm.*, permitiendo á los herederos del legatario que aun muerto este pudiesen elegir; de modo que en el dia tambien este legado pasa al instante á los herederos.

§. DCXXIII.

Falta todavía una regla comun al legado de *género y cantidad*, á saber; *que ni el género ni la cantidad perecen.* La utilidad de esta regla es grande. Pues si por ejemplo, se me ha legado un caballo, ó la suma de cien florines, y el heredero preparase el caballo y contase el dinero, y un ladron le robase ambas cosas, el heredero no podria escusarse, ni por eso quedaria libre del legado, porque el género y la cantidad siempre existen en el mundo, y jamas perecen.

§. DCXXIV.

La última cuestion es, si pueden *legarse los hechos.* Y se afirma, ya porque tambien los hechos prestan utilidad, é ya porque se permite al testador obligar al heredero á que este haga lo que á aquel plazca, con tal que el hecho no sea torpe, ni ridículo, ni ilusorio. Por tanto vale un legado como el siguiente: mi heredero, estás obligado á cultivar todos los años el campo de Ticio. Empero seria absurdo este legado: obligo á mi heredero á que en los cumpleaños de Ticio salga desnudo á la plaza.

§. DCXXV.

Toca ahora hablar del dificil y sutil *derecho de acrecer*, que sin embargo puede reducirse á pocas y claras reglas. Es el *derecho de acre-*

cer un derecho, por el cual la porcion del colegatario que falta acrece ó se agrega al que queda. Este derecho no solo se observa en los legados, sino tambien en las herencias, pero por razon muy diversa. Pues en la herencia es necesario este derecho de acrecer, porque ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado, §. 542. Y si el testador instituyese heredero á Sempronio y Mevio, y este repudiase su parte, pasaria al heredero abintestato si no acreciese al coheredero. Mas en los legados solo trae orígen el derecho de acrecer de la voluntad presunta del testador. Pues juntando á Ticio y Mevio en un legado, sin duda quiso que faltando la porcion del uno, la llevase el colegatario antes que el heredero. De aqui es que hay tambien grande diferencia entre el derecho de acrecer de los herederos y legatarios. Pues 1) el heredero acrece aun contra su voluntad; el legatario no siempre, antes muchas veces es porque quiere. 2) A los herederos siempre acrece con carga; á los legatarios á veces sin ella. 3) En la herencia no puede el testador prohibir el derecho de acrecer, y sí en los legados, *L. 57. §. 1. ff. de usufr. L. 7. de reg. jur.*

§. DCXXVI. DCXXVII.

Se pregunta: cuáles son los requisitos del derecho de acrecer? Se responde, que dos. Uno que el colegatario falte antes de la muerte del testador, pues si aquel sobrevive un solo momento, pasa el legado á los herederos, y por tanto no

acrece al colegatario, *L. un. §. 5. de caduc. toll.* Otro, que esten unidos; y se entiende que lo estan los legatarios cuando son llamados á una misma cosa; como doy, legò mi fundo á Ticio y Mevio. Al contrario, si á Ticio se legase una casa, y á Mevio un prado, faltando cualquiera de los dos no acrece nada al otro, sino que el legado se queda en la herencia.

§. DCXXVIII.

Ahora se ha de examinar cuántas especies hay de conjuncion. Los jurisconsultos la dividen en conjuncion *en la cosa*, *ó solamente en las palabras*, *ó juntamente en la cosa y las palabras.* Se dice que estan unidos en la cosa, cuando muchos son llamados á ella, pero en diversas proposiciones. Por ejemplo: doy, lego á Ticio el fundo Corneliano: doy, lego el mismo á Mevio. Los que estan asi unidos suele representarse en figura de círculos sin vínculo ni enlace Ticio Mevio.
o o

Se llaman tambien desunidos, porque sus nombres se hallan en diversas proposiciones. Se dicen unidos solamente por *palabras* los que son llamados en una sola proposicion á una misma cosa, pero con partes separadas, no físicas, de manera que materialmente se divida la cosa entre los legatarios (pues entonces no estarian unidos), sino intelectuales. Por ejemplo: si el testador dijese: doy, lego á Ticio y á Mevio el fundo Corneliano, al primero hasta el rio, y al segundo pasado el rio, no habria ninguna union entre estos,

porque á la verdad no son llamados á una misma cosa, *L.* 1. *pr. ff. de usufr. ad cresc.* Al contrario, si escribiese asi el testador: doy, lego á Ticio y á Mevio este fundo por iguales partes, estarian unidos por palabras, y estos se notan con unos círculos unidos por una raya intermedia.

Ticio Mevio.
o — o

Estan unidos *juntamente* en la cosa y las palabras aquellos á quienes se ha legado en una sola proposicion una misma cosa sin dividirla en partes, por ejemplo: doy, lego á Seyo y Cayo el fundo Corneliano. Estos se representan por círculos unidos con una cruz en figura de aspa en el medio

Seyo Cayo.
o ⋈ o

L. 89. *ff. de legat.* 3. *et L.* 142. *ff. de V. S.*

§. DCXXIX.

Supuestas estas definiciones, fácilmente se entenderán ahora las reglas que han de observarse acerca del derecho de acrecer. 1) Si los legatarios estan unidos por palabras ó por conjuncion mista, la porcion del que falta acrece al unido. Por tanto, en la segunda figura, faltando Ticio, su porcion acrece solamente á Mevio; y en la tercera figura, faltando Cayo, acrece su porcion á Seyo. 2) Si estan unidos solamente por la cosa, su porcion acrece á todos, pero de manera que los unidos por palabras y por conjuncion mista se tengan por una persona. Esto se entenderá con el siguiente ejemplo. Doy, lego al primero este fundo. Doy, lego el mismo al segundo. Doy, lego

el mismo por iguales partes al tercero y cuarto. Doy, lego el mismo al quinto y sesto. 1 2 3 4
o o o_o
5 6.
o ⋈ o Supongamos ahora que falta el segundo, entonces su porcion acrece á todos, pero de modo que el primero tome una tercera parte, el tercero y cuarto otra, y el quinto y sesto la que falta, pues los últimos como cólegas se tienen por una persona. 3) A los unidos por conjuncion mista y con palabras solamente, acrece queriendo ellos, pero con las cargas; á los unidos por la cosa aunque no quieran, y sin carga. Esta es toda la doctrina del derecho de acrecer, que vulgarmente se presenta con oscuridad, sin embargo de estar tan clara é inteligible con solo observar estas tres reglas, y otras tres definiciones.

§. DCXXX.

Resta decir tambien algo acerca del modo de legar. Se puede legar: 1) *puramente*: 2) *hasta cierto dia*, *ó desde tal dia*; lo que no podia hacerse en la herencia, §. 544.: 3) *bajo condicion*: 4) *bajo demostracion*: 5) *por causa*: 6) *por modo*; de cada uno de cuyos modos se tratará por separado.

§. DCXXXI.

Se lega *puramente* cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento, por ejemplo: lego á Ticio ciento. Sobre este legado puro se ha de observar la regla: el

dia de semejante legado cae y viene al punto que muere el testador, *L. un.* §. 1. *C. de caducis toll.* Por lo que, si el heredero fuese moroso, desde el momento pueden exigirse tambien los réditos. Sin embargo, se ha de añadir una escepcion, y es que todos los legados que no pasan á los herederos, no se exigen desde la muerte del testador, sino desde la adicion de la herencia. Tales son los legados de usufructo, de uso, de habitacion, de libertad, y antiguamente tambien el de eleccion, el cual observamos arriba al §. 602. haber sido mudado por Justiniano.

§. DCXXXII.

El legado de cierto dia y hasta tal dia, se deja á quien se ha señalado un término desde el que empieza, ó hasta el que dura. Por ejemplo: se ha dejado á Ticio un legado desde cierto dia cuando se le determina un tiempo como término desde el que ha de empezar, por ejemplo: lego á Ticio mi casa despues de diez años de mi muerte. Al contrario, se lega *hasta cierto dia* cuando se señala tiempo como término hasta el que ha de durar, por ejemplo; lego á Ticio la huerta por diez años. En el primer caso, si el dia es cierto, al instante se debe el legado; pero no puede exigirse hasta los diez años: en el último al momento se debe y se exige. Y qué sucede si el dia es incierto, de manera que no conste si existirá ó no? Entonces el dia se tiene por condicion, como ya hemos observado arriba, §. 544., *L. 75. ff. de condit. et demostr.*

§. DCXXXIII.

Acerca del *legado condicional* no hay aqui nada que añadir. Pues ya se ha esplicado todo arriba cuando se ha tratado de la institucion de heredero, §. 545. y sig. Solo una regla se ha de notar: el dia del legado condicional ni cae ni viene antes que se verifique la condicion, *L.* 5. §. 2. *ff. quando dies legati cedat.* De lo que se sigue, que si muriese el legatario antes de la condicion, nada transmite á sus herederos, sino que por el contrario el legado espira.

§. DCXXXIV.

Se dice que lega el testador *bajo demostracion*, cuando añade alguna descripcion de la persona ó cosa legada, por ejemplo: lego ciento á Ticio que administró mis cosas: lego á Mevio la cosa que compré á Sempronio. Sobre este legado se ha de observar que no le vicia la falsa demostracion, como por otro lado conste la persona ó cosa. De aqui es, que aunque fuese falso que Ticio hubiese administrado los negocios del difunto, ó que la casa se hubiese comprado á Sempronio, no obstante es útil el legado, y surtirá su efecto, §. 30. *Inst. h. t.*

§. DCXXXV.

Sigue el legado dejado *por causa*. Por causa entendemos aqui la impulsiva que el testador es-

presa en el testamento, por ejemplo: doy, lego á Ticio ciento porque defendió en el foro mis causas. En este se observa la misma regla de que la falsedad de la causa no vicia el legado, §. 31. *Inst. h. t.* Pues considerándose al testador como legislador, y obedeciéndose á la ley aunque el legislador alegue una causa falsa, lo mismo sucede en los legados. Esceptúase no obstante el caso de que el testador errase en la causa, y probase el heredero que el testador no hubiera hecho el legado si hubiese estado mejor enterado; pues entonces semejante legado seria de ningun valor, *L.* 72. §. 6. *ff. de condit. et demonstr.*

§. DCXXXVI. DCXXXVII.

Ultimamente, se dice que se lega *por modo* cuando se espresa cierto fin para el que se deja el legado, por ejemplo: doy, lego á Ticio trescientos para que se haga doctor. Este legado se debe y puede exigirse al momento, con tal que preste caucion el legatario que le destinará á este fin, ó que de no hacerlo volverá el legado, *L.* 4. 80. *ff. de condit. et demonstr.*

§. DCXXXVIII.

Aunque sea grande la libertad de los testadores, sin embargo estan prohibidos los *legados* llamados *captatorios*, y en el antiguo derecho los *dejados por via de pena.* Llámanse *captatorios* cuando el testador deja un legado á otro con la condicion de que este se le deje tambien á él;

pues entonces verdaderamente capta los bienes de otro, por ejemplo: doy, lego á Pedro mil florines si él me lega á mí otros tantos. No habiendo pues cosa mas fea que este legado, fundadamente le dieron por nulo las leyes. La razon es la insigne maldad de los capta-herencias, que alhagaban á los testadores de distintos modos, cuyas artes describe elegantemente Corn. Van. Kynkersh. en el opúsculo *De captatoriis institutionibus.* No eran mas válidos antiguamente los legados *dejados por via de pena*; y se llamaba asi cualquiera legado dejado para incomodar al heredero; por ejemplo: si Ticio mi heredero no da su hija por muger á mi hermano, pague mil al príncipe. Pero Justiniano mandó en el §. *ult. Inst. h. t.* que valiesen semejantes legados, con tal que no se mande al heredero hacer ninguna cosa torpe, v. gr. si mi heredero no mata á su hijo dé á Mevio ciento. El sábio Bynkersh., en un opúsculo suyo que trata de esta materia, juzga que Justiniano no entendió lo que era legado dejado en pena. Pues entre los antiguos no era otra cosa que aquel por el que se obligaba al heredero á que hiciese algo torpe. Mas si se ha de decir la verdad, parece que tiene disculpa Justiniano, porque del mismo modo definió estos legados Ulpiano en sus *Fragm. tit.* 24. §. 17. Pues frecuentemente los testadores necios incomodaban con ridiculeces al heredero sin razon alguna, condenándole si no obedecia su voluntad á que pagase legados. Un buen ejemplo de esta necedad se lee en Horacio, *Lib. II. Satyr.* 3. *v.* 84., donde dice:

Heredes Staberi summam incidêre sepulchro;
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnati populo patria, atque epulum, arbitrio Arri:
Frumenti quantum metit Africa.

Por tanto con razon desechaban las leyes antiguas estos legados, aunque esto lo mudó Justiniano, como hemos dicho.

§. DCXXXIX.

Resta la última cuestion: qué acciones competan á los legatarios y fideicomisarios para conseguir los legados que se les han dejado? Tres acciones tienen. La *primera* nace del cuasi contrato, y por tanto es personal, y se llama accion del testamento. Pues cuasi contrayendo el heredero con los legatarios al adir la herencia, §. 596., de aqui es que el legatario obra contra el heredero para que pague los legados con los réditos desde su demora. La *segunda* es la accion vindicatoria *de la cosa*, y por tanto real. Pues debiéndose el legado desde la muerte del testador, tambien pasa al momento al legatario el dominio de la cosa legada, §. 606. 3.; y por tanto como, dueño vindica la cosa de cualquiera poseedor. La *tercera* accion es la hipotecaria ó cuasi serviana, que compete á los legatarios, porque estos tienen una hipoteca tácita en todos los bienes hereditarios. Aunque se conceden al legatario estas tres acciones, es evidente sin embargo que no hay lugar á la vindicacion de la cosa sino cuando se ha legado cierta especie, pues el género y la cantidad

como cosas incorporales no pueden vindicarse.

TITULO XXI.

Modo de quitar y transferir los legados.

§. DCXL.

Justiniano sigue su método, y habiendo tratado hasta aqui del modo con que se mandan los legados, se pregunta ahora, cómo se quitan y trasladan. A la verdad, la voluntad de los hombres es ambulante hasta la muerte, y no hay duda alguna que el testador puede quitar el legado á los legatarios, y trasladarle á otro.

§. DCXLI. DCXLII. DCXLIII.

Se dice que se quita el legado, cuando el testador no lega lo que antes habia legado; y esto se hace *ipso jure*, ó por via de escepcion. *Ipso jure* se quita el legado por palabras, ó hechos. Por *palabras*, cuando el testador declara por testamento ó codicilos que ya no lega lo que antes habia legado, *pr. Inst. h. t.* Y aun basta si hace esta declaracion de viva voz estando presentes dos testigos. Por *hechos* se quitan los legados: 1) si los rompiese ó borrase, 2) si destruye la cosa legada ó la da distinta forma. No obstante, en la *L.* 88. *ff. de leg.* 3. se ve la curiosa distincion de si la cosa puede reducirse á su antigua forma ó no. Si lo primero, no se destruye el legado; por ejemplo: si de la plata que habia legado el testador man-

da hacer vasos. Si lo último, se entiende que se ha quitado; por ejemplo: si de la lana que habia legado el testador mandase hacer paño. 3) Si el testador vendiese sin necesidad la cosa legada, ó la enagenase de cualquier otro modo. Pues de esto nace la presuncion de que quiere quitar el legado al legatario, como advertimos, §. 615. Hasta aqui hemos visto como se quitan los legados *ipso jure*; ahora se verá como se hace por *via de escepcion*. La *L. 3. §. ult. et L. 4. ff. h. t.* nos presenta aqui un ejemplo oportuno. A saber; si el legatario tuviese con el testador enemistad capital, y nunca volviese á su gracia. Porque quién creerá que uno ha querido dejar legados á su enemigo? De aqui formamos esta regla: siempre que acontezca algo de que pueda presumirse que el testador ha mudado de voluntad, entonces se desvanece el legado por via de escepcion. Pues el heredero opone al legatario la escepcion de *dolo malo*.

§. DCXLIV.

Sigue la traslacion de los legados, la cual se dice que se verifica siempre que ocurre alguna variacion en el legado. Se transfiere el legado de cuatro maneras. 1) Mudándose la persona del legatario, como cuando el testador lega á Ticio lo que habia legado á Mevio. 2) Cuando se muda la misma cosa legada, por ejemplo: cuando el testador habia legado primero su edificio, y despues lega en su lugar una biblioteca. 3) Cuan-

do se muda la persona por quien se lega, por ejemplo: si se encarga á un legatario el pago que antes tenia que hacer el heredero. 4) Cuando se muda la misma naturaleza del legado ó modo de legar, por ejemplo: si habiéndose legado al principio puramente, se agrega despues el dia, ó una condicion. De lo que se deduce que la palabra *trasladar* entre los jurisconsultos significa otra cosa que entre los demas autores, y que es lo mismo que mudar. Acerca del primer modo de trasladar los legados hay todavía que observar una cosa, y es que siempre se ha de repetir en ellos el nombre propio del primer legatario. Pues de otro modo no es traslacion de legado, sino mas bien conjuncion de uno y otro legatario, *L.* 34. *pr. ff. de legat.* 1. De aqui es, que si el testador dijere que lega á Mevio el fundo que antes le gaba á Ticio, será traslacion de legado. Mas si escribiese en la primera parte del testamento, que da y lega su fundo á Ticio, y en la última parte que da y lega el fundo á Mevio, entonces estarán unidos, porque no se repite el nombre de Ticio.

§. DCXLV.

Aqui se pregunta: cómo debe hacerse la traslacion? Para quitar un legado solo se exigia la prueba; ó mas bien, para destruirse por via de escepcion, era suficiente la presuncion: sucede lo mismo para transferir el legado? De ningun modo. Pues el que traslada un legado, no solo le destruye primero, sino que deja otro nuevo. Y un nuevo legado no puede dejarse sin cinco tes-

tigos. §. 606. 4. Por esto se ha de advertir que sucede muchas veces, que trasladado un legado, ni subsiste el primero ni el último. Por ejemplo: si uno dijese delante de tres testigos que legaba á Mevio el fundo que habia legado á Ticio, ninguno de los dos percibiria el legado. No Ticio, porque se le quitó á presencia de tres testigos. No Mevio, porque no asistieron cinco testigos necesarios para transferir el legado.

§. DCXLVI. DCXLVII.

Esto sea dicho del modo de quitar y transferir los legados. Añadiremos algo de otros modos por los que estos espiran. A saber; 1) ó por un hecho que sobreviene, ó 2) porque la ley tiene por no hecho semejante legado, ó 3) porque se le quita al legatario por indigno. I. Por un hecho que sobreviene, se estinguen los legados por cinco razones. (a) Si el legatario muriese antes que el testador. Pues el legado se debe desde la muerte de este, §. 631.; y por consiguiente, estando aun vivo el testador nada habia adquirido el legatario. Lo que no tenia, no podia transmitirlo á los herederos. Luego los herederos no percibirán el legado, y por consiguiente espiró este; á no ser que esté reunido algun colegatario, al cual acrezca la porcion del que falta. (b) Espira el legado de cosa agena, si viviendo el testador la hubiese adquirido ya el legatario por título lucrativo, porque no pueden reunirse dos causas lucrativas en una misma persona y sobre en una misma cosa, §. 612. y sig. (c) Si pereciere

la cosa legada. Mas esto debe entenderse solamente de la especie legada, la cual estinguida no puede prestarse; y no del género y la cantidad, acerca de las que ya vimos arriba la regla de que nunca perecen, §. 623. Por tanto, si el testador legase un buey y pereciese, de tal modo se acaba el legado, que ni aun la piel se debe. Sin embargo, sufre esta regla una escepcion, esto es, si hubiese culpa ó dolo de parte del heredero, porque con razon debe prestarlos. (d) Si se invalidase el testamento. Pues habiendo manifestado arriba al §. 568. que los testamentos son á veces nulos ó injustos, y que aunque hechos con arreglo á derecho, á veces se rompen, se hacen írritos, se abandonan, ó se rescinden, á todas especies pertenece nuestra regla, escepto á los testamentos rescindidos. Pues si entablada la queja de inoficioso testamento, se rescinde este, quedan válidos todos los capítulos, escepto la institucion de heredero, y por tanto no se desvanecen los legados, §. 584. 7. (e) Si falta la condicion. Pues suspendiéndose el efecto de este legado por la condicion, es evidente que faltando esta, falte tambien el legado, porque no se debe, ni puede exigirse hasta que no se verifique la condicion, §. 633. II. A veces tiene la ley por no hechos los legados, de cuyo caso existe un título singular, á saber, el VIII. *Lib.* 34. Sucede esto (a) porque no pueda existir el legado por su naturaleza; por ejemplo: si el testador hubiese hablado ambiguamente, de modo que no pueda entenderse, *L.* 3. 4. 10. 27. *ff. de rebus dubiis.* (b) Si se dejase el legado contra las leyes, por

ejemplo: á un incapaz, deportado, cautivo, ó á quien no existe aun en la naturaleza, *L. 4. pr. §. 1. de his quæ pro non script. hab.* (c) Si el legado es torpe, y dejado para deshonrar al legatario, *L. 35. de legat.*; esto es, para infamar con alguna ignominia, ú ofender el pudor del legatario; por ejemplo: lego á Ticio ciento que puede dar á su adúltera. (d) Si alguno se dejase á sí mismo algun legado, habiendo él propio escrito el testamento. Pues induciendo semejante testamento sospecha de falsedad, el legado subsiste en la herencia, y por consiguiente se estingue, *L. 2. 3. C. de his qui sibi adscr. in test.* III. Otras veces se quita el legado al legatario como indigno, y estos legados caen en el fisco, escepto en algunos pocos casos. En cuanto á lo demas se quitan tantas veces los legados, cuantas el legatario, cometiendo algun delito contra el difunto, se ha hecho indigno de esta liberalidad, por ejemplo: si matase al testador, ó le suscitase causa de muerte, ó le forzase á hacer testamento contra su voluntad. Véase el título singular *de his, quæ ut indignis auf. L. 34. Tit. 9.*

TITULO XII.

De la ley Falcidia.

§. DCXLVIII. DCXLIX. DCL.

Este título está de tal manera enlazado con el anterior, que asi como en este se han enseñado los modos con que se desvanecen los lega-

dos, asi el título de la ley Falcidia muestra como se disminuyen, esto es, cómo se reducen á menor cantidad. Este título contiene tres partes: la *primera* trata de la historia de la ley Falcidia, §. 648.; la *segunda*, del derecho introducido por ella, §. 651. 653.; y la *tercera* de las causas porque cesa la ley Falcidia, §. 654. Tocante á la historia, 1) repetidas veces hemos advertido que en la ley de las XII tablas se habia establecido, *que se tuviese por ley lo que legase el padre de familia*; por cuya ley se dió á los testadores la facultad mas estensa para legar, segun observa Pomponio en la *L.* 120. *ff. de V. S.* Pero los testadores abusaban malamente de aquella amplísima facultad. Y frecuentemente, instituyendo heredero con el fin de que se originase un pleito, de tal manera cargaban la herencia con legados, que no quedaba al heredero ningun interes. De aqui resultaba un grande inconveniente. Pues el heredero repudiaba la herencia de la que no sacaba ningun lucro, y abandonando el testamento, no percibian nada los legatarios, y todo el testamento se destruia. Asi que, pareció conveniente reprimir con leyes esta licencia de legar, como dice el mismo Pomponio en dicha *L.* 120. *de V. S.* Estas leyes eran tres; la primera se llama *Furia*, la segunda *Voconia* y la tercera *Falcidia*. La *Furia*, de que ya hace mencion Ciceron, prohibió que á ningun legatario se dejase mas de mil ases, escepto á los parientes; y si mas se dejase, que pagara el legatario la pena del cuatro tanto. Ulpiano, *Fragm. Tít.* 1. §. 2. y *Tít.* 18. §. 7. Mas esta

ley proveia poco al remedio. Pues si el testador dejaba legados á muchas personas, y á cada una de ellas mil ases, igualmente agotaba la herencia que si dejase pocos legados, pero mas considerables. Siguió la ley *Voconia*, sobre la que existe una eruditísima y singular disertacion de Perizonio. Fue su autor Quinto Vaconio Saxa, tribuno de la plebe en el año 684 de la fundacion de Roma, Quinto Mevio Filipo y Cn. Servilio Cepion, cónsules. Véase á Ciceron, *Verrin* 1. *c.* 42. Esta ley coartó de varios modos la potestad de los testadores. Pues 1) prohibió instituir por herederos á las mugeres. 2) No permitió que siempre se las dejasen legados. Y 3) últimamente (cuyo capítulo pertenece aqui con mas particularidad), prohibió que á ningun legatario se dejase mas que lo que llegase al heredero. No obstante, esta ley se eludia tambien fácilmente, como observó Teófilo en el *pr. Inst. h. t.* Pues si poseyendo uno cien aureos, legaba á otros los noventa y nueve, y el heredero solo percibia uno, parecia satisfacerse á la ley Voconia; y quién por una moneda queria adir la herencia? Por tanto, no consiguiendo esta ley tampoco el fin, últimamense en tiempo de Augusto, y sin duda por su autoridad, se dió la ley *Falcidia* por Publio Falcidio, tribuno de la plebe, en el año 714 de la fundacion de Roma, segun estensamente refiere esta historia Dio Cass. *L.* 48. *hist. p.* 430. Por lo cual es ridículo el error de la glosa, que juzga que esta ley se llamó Falcidia de la palabra *falce*, porque se desfalcaba ó quitaba algo á los legados. Por lo demas en es-

ta ley se estableció prudentemente, 1) que ninguno pudiese cargar la herencia con legados, mas que hasta el dodrante de los bienes, esto es, hasta nueve onzas: 2) que si dejase mas á los legatarios, á cada uno se cercene á prorata, de manera que quede al heredero libre su cuarta parte. Las mismas genuinas palabras de esta ley existen en la *L. 1. pr. ff. h. t.*

§. DCLI.

II. Para venir ya á la *otra parte* del derecho introducido por esta ley, pueden hacerse tres preguntas: 1) quién saca esta cuarta: 2) cómo se ha de computar: 3) á quiénes se cercena.

(1) Si preguntas quién saca esta cuarta, el mismo fin de la ley manifiesta que este beneficio se ha concedido á los herederos instituidos en el testamento. Pero asi como donde existe la misma razon de la ley debe haber igual disposicion, asi no es de admirar que los jurisconsultos estendiesen tambien esta ley á los herederos abintestato. *L. 18. ff. h. t.* Pues no hay duda que estos puedan igualmente ser tan gravados con legados en los codicilos, como los testamentarios en el testamento. Por este principio pues fácilmente se entienden las siguientes consecuencias. (a) Que si hay muchos herederos, en cada uno de ellos se ha de suponer la razon de la ley Falcidia. El sentido de estas palabras, que se hallan en el §. 1. *Inst. h. t.* es este: que si son muchos los coherederos, todos juntos deben tener salva una cuarta salva, y por tanto solo pueden cercenar á pro-

rata, de modo que tengan la cuarta parte de su porcion. (b) Que si hay dos coherederos, de los que uno está cargado con muchos legados, y el otro no, entonces se ha de distinguir, si la porcion cargada acrece á la no gravada, ó la no gravada á la cargada. En el primer caso puede sacarse aun la cuarta; en el segundo no, *L.* 78. 87. §. 4. *ff. h. t.* La razon de esta sutilísima disposicion, por otra parte no clara, es esta: porque el que sucede en el lugar de otro, con razon se entiende que sucede tambien en el derecho (c). Que este derecho de cercenar no compete ni al legatario, ni al fideicomisario. De aqui es, que si por ejemplo, se han legado á Ticio mil, y se le manda que los pague á otro, no puede sacar nada, aunque no le quede salva ni la tercera parte, porque este beneficio no se ha concedido á los legatarios, sino á los herederos. Y la misma razon milita contra los fideicomisarios, los cuales no se reputan en nuestras leyes por herederos aunque reciban la herencia.

§. DCLII.

2) Si preguntas: cómo se ha de computar la cuarta Falcidia, se dice que deben observarse dos axiomas. 1) Que la cantidad del patrimonio se considere cual era al tiempo de la muerte del testador. 2) Que no se llama patrimonio, sino sacadas las deudas á que está obligado el heredero. Del *primer* axioma nace la conclusion, de que si despues de muerto el testador se aumenta el patrimonio, no aprovecha á los legatarios, y lo

mismo si se disminuye. *L. 73. ff. h. t.* De aqui es, que si á la muerte del testador se han hallado doce mil florines, y el testador dejó á los legatarios once mil, y despues por la lotería, ó por los productos de minas de metal se aumenta el patrimonio hasta veinte mil, el heredero puede no obstante sacar la cuarta. Del *segundo* axioma colegimos, que la cuarta Falcidia se ha de calcular cuando (a) se hayan pagado las deudas, (b) los gastos de los funerales, (c) los precios que por mandado del testador se deben pagar para manumitir los siervos de otro, (d) los gastos hechos en la adicion de la herencia, á los que tambien pertenecen los hechos en el inventario. Despues de sacado todo esto, de lo que reste debe quedar al heredero libre la cuarta parte. Y qué sucede si dicen los legatarios, que aunque los herederos no tengan salva la cuarta parte de los bienes hereditarios del testador, sin embargo han recibido ya tanto por legados y fideicomisos, que no falta nada á la cuarta? hay sin embargo lugar á sacar esta cuarta? Sí, porque en la cuarta Falcidia no se computa mas que lo que el heredero tiene por el honorífico título de la institucion. En lo cual se diferencia esta cuarta de la cuarta Trebeliánica, en la que se computa todo lo que el heredero reciba del testador, por cualquier título que sea, *L. 18. §. 1. ff. ad Sctum. Trebell.* §. 669.

§. DCLIII.

3) Con igual facilidad se satisface á la última pregunta: á quiénes se cercena esta cuarta. Basta

una regla. Á todo el que por última voluntad recibe algo por título singular se detrae esta cuarta. Luego puede detraerse á los legatarios y fideicomisarios singulares, que Justiniano igualó en un todo á los legatarios, §. 606. 2.; y tambien á los donatarios por causa de muerte, porque esta donacion se asemeja á las últimas voluntades, §. 456. Al contrario, no siendo la donacion entre vivos última voluntad, sino pacto, es evidente que no se estiende á ella la disposion de la ley Falcidia.

§. DCLIV.

Resta la III. parte de este título, que trata de las causas por las que cesa la ley Falcidia. De estas causas se cuentan aqui once. 1) Si el marido dejase la dote á la muger. Pues entonces nada puede sacar el heredero, porque la dote se debe íntegra, aunque no se hubiese legado. 2) Cesa esta ley en el testamento del militar, porque estos estan dispensados de todas las solemnidades tanto internas como esternas, §. 503. 7. 3) En las cosas que el testador prohibió enagenar. Pues ya que el legatario recibe la cosa con una carga, pareceria injusto que se le gravase con otra. 4) Si el heredero se ha metido en la herencia dolosamente. Pues entonces no consta del caudal de la herencia, y por tanto no puede computarse la cuarta. 5) En los legados á las causas piadosas, porque en ellos es grande el favor de estas. 6) Cuando se ha legado la libertad, porque esta no tiene estimacion. 7) Si el testador prohibiese sacar la cuarta. 8.) Si el heredero, ó de su libre voluntad, ó

por error de derecho pagase íntegros los legados. Pero el primero que permitió al testador la prohibicion contra el fin y reglas de esta ley, fue Justiniano en la *Nov. I. C.* 2. 9) Si hiciese dolosamente el heredero porque faltase un fideicomiso; pues las leyes jamas favorecen el dolo. 10) Si el difunto hubiese ya satisfecho en vida al heredero, dándole el valor de la cuarta Falcidia. Por ejemplo: te doy este prédio con la condicion de que no cercenes nada á los legatarios. 11) Si el heredero no hiciese inventario. En este caso, cómo habia de sacarse la cuarta no pudiendo constar del caudal de la herencia, sino por el inventario?

TÍTULO XXIII.

De las herencias fideicomisarias, y del senado consulto Trebeliano.

§. DCLV.

Hasta aqui se han examinado dos especies de últimas voluntades; la herencia testamentaria, y los legados; resta la *tercera*, á saber; los *fideicomisos*, de los cuales se trata en los títulos que faltan de este libro.

No podemos encargar nada á la fe de otro sino con palabras suplicativas, y de aqui resulta al momento la definicion. *Fideicomiso* es lo que *se deja con palabras suplicativas ú oblícuas.* En las herencias y legados vimos que era distinto, requiriendo en ellos palabras directas y legales, esto es, imperativas, porque legar era dar la ley

en sus cosas. Absurdamente obraria el legislador que usase de palabras suplicativas. Por lo demas el mismo Justiniano nos manifiesta el orígen de los fideicomisos, §. 1. *Inst. h. t.*, inventados en fraude de las leyes. Pues á los que no podia dejarse la herencia ó legados, se les daba algo por modo de fideicomiso. Lo cual se mudó despues por el senado consulto Planciano, como advertimos en los coment. á la *L. Jul. y Pap. Pop. Lib. II. cap. 6. p.* 192.

§. DCLVI. DCLVII.

Ya sabemos lo que es fideicomiso. Ahora se pregunta de cuántas maneras es. Se divide en *universal* y *singular*. *Universal* es cuando se deja á uno por via de fideicomiso, ó toda la herencia, ó parte de *ella*; por lo cual semejante fideicomiso se llama con propiedad en la rúbrica de nuestro título *herencia fideicomisaria*. *Singular*, cuando se deja á modo de fideicomiso una cosa singular, como el género, la especie, y la cantidad. De este trataremos en el título siguiente. Respecto del universal se ha de observar aqui que requiere siempre tres personas. 1) El que deja el fideicomiso se llama *fideicomitente*. 2) Aquel á quien se encarga que restituya la herencia que se le ha dejado, se denomina *heredero fiduciario*; porque en su fidelidad ha colocado singular confianza el testador. 5) Ultimamente, aquel á quien se entrega la herencia es heredero *fideicomisario*, el cual sin embargo por riguroso derecho civil no es heredero, ni sucede en los derechos del difunto, sino que solamente

percibe la herencia y los bienes hereditarios, *L. 88. ff. de her. instit.*

§. DCLVIII.

Esta es la primera division de fideicomisos; sigue otra, á saber; que el fideicomiso es espreso ó tácito. *Espreso es cuando con palabras espresas y claras se encarga á uno que restituya á otro la herencia, ó parte de ella.* Por ejemplo: Sicilio ruega á Atico que entregue á Ciceron la herencia que se le ha dejado. *Tácito*, cuando no se hace mencion de restitucion, y sin embargo se encarga al heredero alguna cosa, de donde puede inferirse que debe restituirle. Por ejemplo: Atico, sé heredero, pero con la condicion de que no hagas testamento. Pues entonces es igual que si hubiese dicho: ruego á Pedro que restituya la herencia á los próximos parientes. De este modo se constituyen frecuentemente los fideicomisos de las familias ilustres, siempre que el testador grava los bienes hereditarios con el fideicomiso de que permanezcan siempre en la familia. Si pues entonces se ha establecido que el mas viejo de la familia posea estos bienes, se llama *seniorazgo*; si se observa el orden de suceder abintestato, de manera que siempre el hermano mayor sea preferido á los mas jóvenes, se llama *mayorazgo*. De estos fideicomisos familiares trató diligentemente Feltmano en el tratado *de pactis familiarum illustrium.*

§. DCLIX. DDLX. DCLXI.

De estos principios fácilmente se infiere: 1) quien puede dejar fideicomisos; á saber: todo

el que puede hacer testamento. Debe pues poder disponer de su herencia, lo que no puede el hijo de familia, el siervo, el estrangero y otros, de que se ha tratado arriba en el *Lib. II. tit.* 12. 2) Por medio de quiénes se pueden dejar fideicomisos? Por todos los que recibieron la herencia ó parte de ella con el título honroso de institucion. No obstante, ninguno puede ser mas cargado que favorecido. Y asi seria absurdo el fideicomiso si uno instituyese heredero en la tercera parte, y se le encargase que entregara toda la herencia. Mas puede encargarse al fideicomisario la restitucion, por ejemplo: sé mi heredero, Ticio, pero te encargo que entregues la herencia á Mevio, y que este la pase á Sempronio, y asi hasta el infinito. 3) A quiénes se puede dejar algo por fideicomiso? A todos los que tienen la testamentifaccion pasiva, ó que pueden ser instituidos herederos. De aqui es, por ejemplo, que si se me hubiese mandado entregar la herencia á un colegio de música, seria de ningun valor este fideicomiso, porque no puede ser instituido heredero un colegio que no está aprobado, §. 549. 5. 4) Dónde pueden hacerse fideicomisos? En el testamento y codicilos. Pues no siendo en rigor de derecho el fideicomisario heredero, §. 657. 2., no es estraño que pueda dejarse en los codicilos el fideicomiso, y no la herencia. A esto se agrega que á veces no hace uno testamento al morir, sino que deja la herencia á los herederos abintestato, y entonces puede ciertamente cargarlos con fideicomisos solo en los codicilos. Por tanto, de esto se infiere que el fideicomiso no requiere en

sí ninguna solemnidad, sino solo la presencia de cinco testigos. Por mejor decir, á veces no hacen falta ni aun testigos si el testador, estando presente el heredero fideicomisario, le encarga que entregue á otro la herencia. Pues si entonces niega el heredero, se le puede pedir un juramento, §. *ult. h. t.* 5) Cómo se pueden dejar fideicomisos? Puramente, bajo de condicion, y hasta cierto dia. Y aqui se ha de notar segunda vez la diferencia entre la herencia y el fideicomiso. Pues la herencia no puede dejarse desde cierto dia, §. 544. §. 9. *Inst. de hered. inst.*, y sí el fideicomiso, §. 2. *Inst. h. t.* La razon de esta diferencia se manifiesta en la regla bien conocida, de que ninguno puede morir en parte testado, y en parte intestado, *L. 7. ff. de R. J.* Y esto sucederia si se dejase la herencia hasta cierto dia, pero no dejándose el fideicomiso para dia determinado.

§. DCLXII. DCLXIII.

Se suscita ahora una gran cuestion: si el heredero está obligado á cumplir el fideicomiso? Ha de tenerse aqui presente, que antiguamente no producia este ninguna abligacion, sino que se dejaba solamente al pundonor del heredero si queria ó no cumplir el fideicomiso. Lo cual no se aparta de los principios del Derecho. Pues solo la súplica de uno nunca me obliga, á no darle palabra de que accedo, porque toda obligacion nace ó de consentimiento, ó de delito. Y habia prometido el heredero fiduciario al testador que haria lo que este le suplicaba? Asi se observó hasta

los tiempos de Augusto. Pues refiere Justiniano, que muriendo en Africa Lucio Léntulo habia instituido herederos á Augusto y su hija, suplicándoles en los codicilos que entregasen varios fideicomisos, y Augusto no solo los cumplió todos, sino que por consejo del célebre jurisconsulto Cayo Trebacio, estableció que todos los herederos estuviesen obligados á prestar los fideicomisos. Porque esta historia se refiere solo en las Instituciones, y especialmente porque no se halla Lucio Léntulo en los fastos consulares, hay quienes la juzgan manifiestamente falsa. Pero Reinesio fue el primero que disipó esta duda en sus *Inscr. Class.* 10. *n.* 3. *p.* 567., donde claramente manifiesta por un mármol, que este Lucio Léntulo fue cónsul con Marco Mesala el año 751 de la fundacion de Roma. Al principio encargó Augusto á los cónsules que apremiasen á los herederos á cumplir los fideicomisos: despues creó Claudio dos pretores fideicomisarios que no entendiesen en otros asuntos mas que en los fideicomisos; Suet. *Claud.* c. 23. Sin embargo, despues de los tiempos de Claudio se reunió la jurisdiccion de los cónsules y pretores acerca de las herencias fideicomisarias, segun consta de Ulpiano, *Fragm. tit.* 25. §. 2. Quintil. *Inst. Orat. lib. III. c.* 6.

§. DCLXIV. DCLXV.

Aunque estableció esto Augusto tan prudentemente, no obstante, nació otro inconveniente mucho mayor, esto es, que se abandonaban la mayor parte de los testamentos. Pues sucediendo el heredero en todo el derecho del difunto, está

tambien obligado á pagar las deudas. Y quién seria tan necio que quisiese adir la herencia que sabia debia de restituir, de manera que á él le quedasen solo las deudas? De aqui, á la verdad, resultaba que la mayor parte mas querian repudiar la herencia que cargarse con las deudas y dar á otro los bienes, *L.* 2. §. 2. *ff. ad Sc. Treb.* Y si se hacia esto, ni el heredero ni el fideicomisario recibian nada, y destruyéndose el testamento, venia á quedar la herencia abintestato. Lo cual, siendo contrario á los deseos de los que morian, á quienes tanto favorecian las leyes, en tiempo de Neron meditó el senado el modo de proveer de remedio á este inconveniente; formándose por consejo de aquel el senado consulto Trebeliano en el año 714 de la fundacion de Roma, en las calendas de setiembre, siendo cónsules L. Aneo Séneca, cuyas obras filosóficas existen, y Trebelio Máximo. Por este senado consulto se estableció: 1) que si el heredero entrega á otro la herencia por fideicomiso, no pague él solo las deudas, sino tambien el fideicomisario á prorata. Y por tanto, si se le mandaba entregar toda la herencia, tambien el fideicomisario tenia que pagar todas las deudas. Si solo entregaba parte, tambien por razon de ella pasaban las obligaciones al fideicomisario. Y por tanto, si por ejemplo, el heredero tuviese la cuarta parte, tambien pagaba la cuarta parte de las deudas, y lo demas correspondia al fideicomisario. Asi se ha de entender el senado consulto Trebeliano, que se describe en la *L.* 1. *ff. de Scto. Treb.* §. 4. *Inst. h. t.*

§. DCLXVI. DCLXVII. DCLXVIII.

Empero ni aun asi se habia salvado la dificultad. Pues aunque el heredero estaba libre de carga, porque no tenia que pagar ninguna deuda; sin embargo, son los hombres de tal naturaleza, que no quieren hacer nada sin esperanza de lucro. Y de aqui es que los herederos fiduciarios repudiaban las herencias, porque aunque no les sobrevenia daño, no obstante, entregando toda la herencia tampoco esperaban ningun interes. Por lo cual segunda vez pensó en el remedio el senado en tiempo de Vespasiano. Se ignora el año, aunque las leyes conservaron los nombres de los cónsules. Estos fueron Pegaso, aquel muy célebre jurisconsulto que dió su nombre á los Pegasianos, y Pusio. Del primer cónsul tomó nombre el senado consulto, y se llamó *Pegasiano*. Por él se establecieron dos cosas: 1) que esté obligado el heredero á adir la herencia y entregarla: 2) que si se le manda restituir toda la herencia ó gran parte de ella, retenga salva la cuarta parte al menos, y si no la tuviese salva, que la detraiga á ejemplo de la Falcidia, §. 2. §. 6. *Inst. h. t.* Tales eran estos senados consultos. A uno y otro les faltaba algo: el Trebeliano libertaba al heredero de las cargas, pero no le concedia ningun interes: el Pegasiano le proporcionaba lucro, mas no le eximia de las deudas. De aqui es que en aquellos tiempos tenia que mirar el heredero si le quedaba ó no salva la cuarta. Si lo primero, entregaba la herencia por el senado consulto Trebeliano; y asi se dividian las deudas entre él y el fideicomi-

sario. Si no tenia salva la cuarta, la detraia en virtud del senado consulto Pegasiano, pero entonces tenia que pagar todas las deudas, á no ser que mediando estipulacion obligase al fideicomisario á que se cargase con algunas, §. 6. *Inst. h. t.* Sobre lo cual cualquiera podia engañarse si era desconocido ó dudoso cuantas deudas habia en la herencia.

§. DCLXIX. — DCLXXI.

Habiéndolo advertido Justiniano, y pensando en el remedio, reunió en uno el senado consulto Trebeliano y Pegasiano. No existe la constitucion que salió á luz con este motivo, habiéndose perdido con el códice Justiniáneo. Pero el §. 7. *Inst. h. t.* contiene su disposion en breves palabras. A saber: quiso que se tuviesen en adelante por uno solo los dos senados consultos, de suerte, que abolido el nombre de senado consulto Pegasiano, se llamase solo Trebeliano; lo que sin duda le agradó asi por favorecer mas á los Sabinianos que á los Proculeyanos, al frente de cuya escuela estaba Pegaso. De aqui es que en el dia no existe en las Pandectas el título *de Scto. Pegasiano*, sino solamente del Trebeliano. 2) Que la cuarta que ha de sacar el heredero, se llama Trebeliánica, y no Pegasiana, no obstante que antes llevaba este último nombre. En cuanto á lo demas, de aquella mezcla de senado-consultos se sigue: 1) que el fiduciario puede sacar la cuarta si no la tuviese salva, ó si la pagase por error de hecho, puede repetirla

por la condicion *indebiti*, §. 7. *Inst. h. t.* Digimos que se habia introducido á ejemplo de la cuarta Falcidia, entre la cual y la Trebeliánica hay sin embargo estas diferencias: 1) que aquella se saca á los legatarios y fideicomisarios singulares; esta á los fideicomisarios universales. 2) Que en aquella solo se imputa lo que el heredero recibe por el título honroso de institucion; en esta cuanto deja el testador al heredero por cualquier título, y aun los frutos percibidos de la cosa, *L.* 18. §. 1. *L.* 22. §. 2. *ff. ad Sctum. Trebell.* Por lo demas esta cuarta la detrae el heredero fiduciario, y por tanto no el fideicomisario, si se le manda entregar á otro la herencia. De aqui es, que si Ticio dejando una herencia de veinte mil florines, encarga al primer heredero que entregue la herencia al segundo, y á este que la restituya al tercero, el primero saca cinco mil y entrega quince mil, mas el segundo restituye los quince mil sin retener para sí nada, *L.* 2. §. *ult. ff. eod.* Aqui corresponde la famosa cuestion de si gravado el hijo ó nieto con fideicomiso por el padre ó abuelo (que no puede hacerse en la legítima), puede deducir aquel ademas de la legítima la cuarta Trebeliánica? Por ejemplo: Ticio deja un hijo único, y le nombra heredero en sus bienes, que son treinta mil. Ahora bien, no pudiendo el hijo ser gravado en la legítima, deducirá primero su porcion legítima, esto es, diez mil. Pero se pregunta: sacará tambien de los restantes veinte mil la cuarta Trebeliánica? Por el derecho canónico se afirma en los dos célebres capítulos *Rainu-*

tius et Rainaldus X. de testam. Mas por derecho civil lo niega la mayor parte, aunque á mi juicio falsamente. Pues 1) en la *L. 5. C. ad Sc. Treb.* se dice, que antes de sacarse la cuarta Trebeliánica se han de deducir las deudas; y en la *L. 8. §. 8. de inoff. testam.* se llama á la legítima *cuarta de la porcion debida*, y por tanto respecto del padre es como deuda. 2) Hay claros vestigios de este derecho en la *L. 6. pr. C. Sc. Trebell.*; donde no solo se concede al hijo la cuarta Trebeliánica, sino tambien la Falcidia, por la cual se entiende en aquella ley la porcion legítima que digimos introdujo la ley Falcidia, §. 527. 2., para que se dividan las obligaciones á prorata entre el fiduciario y fideicomisario; esto es, que pague el fiduciario tanta parte de deudas, cuanta parte de bienes retenga; y cuanta parte llegue tambien al fideicomisario, tanta parte pague, §. 7. *Inst. h. t.* Sin embargo, cesa esta conclusion, (a) si instituido uno heredero en cosa determinada se le mandase entregar las otras. Pues en aquella cosa determinada se le tiene por legatario, y el legatario no paga ninguna deuda, §. 9. *Inst. h. t.* (b) Si el fiduciario ade forzado la herencia. Pues entonces parece indigno del beneficio que las leyes conceden por cumplir con la confianza del testador, §. 7. *Inst. eod.* 3) Que pueda obligarse al heredero á adir y entregar la herencia, §. 7. *Inst. h. t.* Pues si aun en otro caso la misma equidad nos dicta la regla de que *estamos obligados á hacer lo que no nos daña y aprovecha á otro*; cuánto mas obligado no estará aquel á quien las leyes no solo

libertan de las cargas, sino que le remuneran con algun interes, á saber, el que puedan sacar para sí la cuarta parte de toda la herencia, si la aden voluntariamente?

§. DCLXXII.

Vimos hasta aqui lo que es la cuarta Trebeliánica, y cómo puede sacarse; falta que observemos cuándo cesa esta rebaja. Cesa pues 1) en el testamento del militar, porque la voluntad de este ha de cumplirse cualquiera que ella sea, *L. 7. C. ad Leg. Falcid.* 2) Si el testador prohibiese la rebaja. *Nov. I. c. 2. §. 2.* Pero ya observamos al §. 666. que Justiniano introdujó esta contra el espíritu y contra los mismos principios de los legisladores. Pues á la verdad, habiéndose inventado la cuarta Falcidia y Trebeliánica, no en favor del testador, sino del heredero instituido, cómo pudo concederse al testador sin ofensa de la justicia renunciar al derecho introducido en favor de otro? No obstante, asi lo permitió Justiniano en la *Nov. I.* 3) Si el heredero por ignorancia del derecho entregase toda la herencia, *L. 9. C. ad Leg. Falcid.* Pues aunque por otra parte, lo que se paga indebidamente puede repetirse por la condicion *indebiti*, sin embargo, no procede lo mismo en lo que se paga por error de derecho, *L. 10. C. L. 9. pr. ff. de jur. et fact. ignor.*, sino solamente en lo que se paga indebidamente por error de hecho. Por tanto, si por ejemplo entrega uno toda la herencia porque ignora que existe en su

favor este beneficio del senado consulto Trebeliánico, no puede repetir lo que paga por este error. Empero si entrega toda la herencia juzgando que el testador era militar no siéndolo, puede repetir lo que diese mas del dodrante. 4) Si deja de hacer inventario. Y 5) si ya tiene esta cuarta á juicio del testador. Mas de estos dos casos ya hablamos en el *Tit. de la L. Falcid.* §. 654. 7) Si admitiese por fuerza la herencia, §. *Inst. h. t.*, de cuyo caso hemos tratado en el párrafo anterior.

TITULO XXIV.

De las cosas singulares dejadas por fideicomiso.

§. DCLXXIII. DCLXXIV.

Hemos tratado de los fideicomisos universales, que Justiniano llama con propiedad *herencias fideicomisarias*; siguen los *fideicomisos singulares*, de que hablaremos con mas brevedad, por cuanto ya al §. 606. 2., advertimos que Justiniano igualó en un todo estos fideicomisos y los legados, de manera que no hay ninguna diferencia entre ellos en cuanto á su efecto. Todas las disposiciones pues del derecho que notamos acerca de los legados, las mismas valen en los fideicomisos. Los que pueden legar tambien pueden dejar fideicomisos: á los que se puede dar legados tambien fideicomisos: las cosas que se pueden legar tambien se dejan por fideicomiso. Para decirlo de una vez, de tal modo se han igualado

los legados y fideicomisos, que seria necesario repetir aqui todo el prolijo título de los legados, si quisiésemos tratar todas las cuestiones de los fideicomisos singulares.

§. DCLXXV.

Pero aunque en cuanto al efecto del derecho no conozcamos ya ninguna diferencia entre los legados y fideicomisos singulares, no obstante todavía existe alguna. 1) *En las palabras*. Pues los que se dejan con palabras imperativas, se llaman legados; los que con palabras suplicativas, fideicomisos, §. 2. *Inst. h. t.* 2) En el modo de dejar el fideicomiso. Pues los legados no pueden dejarse sino en presencia de cinco testigos; y en los fideicomisos no se requiere ningun testigo si el testador ruega al heredero, estando presente, que cumpla con el fideicomiso, *L. ult.* 5. *de fideicomis.* Si se pregunta, cómo puede probarse que el testador dejó el fideicomiso, si no lo presenció ningun testigo, la respuesta puede tomarse de la misma ley, á saber; se puede exigir juramento al heredero de si se le ha dejado encargado algo, y de no querer jurar tendrá que cumplir el fideicomiso. Y si jura en falso? Entonces no hay que responder. No hay otro medio de averiguar la verdad. El juramento, como dice el apóstol, es el fin de todo pleito.

TITULO XXV.

De los codicilos.

§. DCLXXVI.

Nada falta de la doctrina de últimas voluntades sino el título de *codicilos*. Trátase de ellos en este último lugar, porque asi como las herencias pueden dejarse solamente por testamento, asi los legados y fideicomisos se mandan tambien en los codicilos, como que son cuasi testamentos. Por tanto se ha de considerar: 1) qué significa la palabra codicilo, §. 677.: 2) cuál es el orígen de los codicilos, §. 678. 679.: 3) qué es codicilo, y de cuántas maneras, §. 680. 681.: 4) cómo se hacen, §. 982. 684.: 5) qué es cláusula codicilar, §. 685. 687.

§. DCLXXVII.

I. En cuanto á la significacion, los codicilos son lo mismo que *cartas*; y asi usa Ciceron frecuentemente de este vocablo. *L. IV. ep.* 12. *L. VI. ep.* 18. *Lib. XII. ad Alt. ep.* 8. Y de aqui es que tambien son codicilos de los príncipes los rescriptos ó epístolas de los emperadores. *L.* 41. *ff. de escus. L.* 1. *C. ut. omn. jud.* Sueton. *Claud. c.* 29. No obstante, al principio se denotaban con este vocablo las cartas que se enviaban, no á los ausentes, sino á los que habitaban en la misma ciudad; cuyas cartas solemnes hoy dia llaman *billetes*. Y á esto se refiere el elegante pasage de Séneca que se lee en su *Ep.* 55.

§. DCLXXVIII. DCLXXIX.

II. Acerca del orígen de los codicilos se ha de repetir todo lo que se dijo arriba en el §. 663. del orígen de los fideicomisos. A saber: 1) muchas veces los testadores escribian codicilos á los herederos encargándoles en ellos que hiciesen ó diesen algo, y estos codicilos se escribian en forma de cartas, de suerte, que hasta vemos en ellos la forma solemne epistolar: Lucio Ticio saluda á su heredero Seyo. *L. 56. ff. de fideicomiss. hered.* 2) Asi como la epístola no obliga á nadie á que haga lo que se le encarga, igualmente estaba en la facultad de los herederos cumplir ó no con los codicilos, hasta el tiempo de Augusto 3) Ya mostramos arriba, §. 663., como Augusto impuso á los herederos la obligacion de hacer lo que se les encargase, esponiendo toda la historia de L. Léntulo, que nombró heredero á Augusto, y le gravó en los codicilos con varios fideicomisos. Puede añadirse aqui la disertacion del doctísimo Nicolas Gerónimo Gundlingio *sobre el jurisconsulto C. Trebacio Testa.*

§. DCLXXX. DCLXXXI.

III. Llegamos á la definicion y division. Codicilos son *la voluntad menos solemne de los testadores ó intestados.* Por tanto, los testamentos y codicilos conviene en que unos y otros son la espresion de la voluntad; mas se diferencian: 1) en que el testamento es una última voluntad *solem-*

ne; el codicilo menos *solemne.* 2) Cuando se hace testamento no pueden suceder los herederos abintestato; y los codicilos pueden hacerse ya quiera uno morir testado ó intestado. 3) En que en el testamento la cabeza y fundamento es la institucion de heredero, y en los codicilos no puede dejarse heredero, y sí solamente legados y fideicomisos. De aqui se infiere claramente de cuántas maneras son los codicilos. Unos son *escritos*, que se reducen á escritura; otros *nuncupativos*, que se profieren de viva voz. Pues aunque los codicilos sean cartas, §. 677., y por otra parte parezca que envuelve contradicion que la epístola sea de palabra, no obstante ha de subsistir esta division de los codicilos, porque se ha introducido á ejemplo de los testamentos, que tambien digimos §. 391. que se dividian en escritos y nuncupativos. Ademas se ha de tener presente otra division, á saber; que los codicilos se hacen por el que muere *testado*, ó por el que queda *intestado*, §. 1. *Inst. h. t.* Aquellos son cuando se hace testamento; estos cuando uno muere sin hacerlo. Aquellos se llaman tambien *codicilos confirmados por testamento*, bien preceda el testamento á los codicilos, ó bien sea posterior á ellos. Ni importa que se haga ó no mencion de ellos en el testamento, §. 1. *Inst. h. t.* A lo que no obsta la *L.* 5. *ff. h. t.* Pues solamente quiere Papiniano que el testamento no contradiga á los codicilos hechos anteriormente.

§. DCLXXXII. _ DCLXXXIV.

IV. Tocante á los derechos de los codicilos, se derivan de su misma definicion. De ella inferimos: 1) que el que no puede hacer testamento tampoco puede hacer codicilos, *L.* 6. §. 3. *L.* 8. §. 2. *ff. de jur. codic.*; pues los codicilos no son otra cosa que testamentos menos solemnes. 2) En los codicilos no puede nombrarse heredero, pues la institucion de heredero es solemne, y por tanto no puede hacerse sin solemnidades. De lo que tambien se manifiesta, que ni la desheredacion ni la sustitucion puede hacerse en los codicilos. *L.* 6. *pr. L.* 10. *ff. h. t.* Qué puede pues hacerse en los codicilos? Legar, dejar fideicomisos, donar por causa de muerte, y aun el tutor puede darse en codicilos confirmados por testamento. §. 213. 2. Si se ha dado el tutor en codicilos no confirmados por testamento, no está bien dado; pero no obstante suele confirmarse por el magistrado. §. 216. Véase la *L.* 3. *pr. ff. de test. tut. L.* 1. §. 2. *ff. de confirm. tut.* 3) Pueden hacerse muchos codicilos con tal que no se contradigan unos á otros, §. 3. *Inst h. t.* En los testamentos es muy diverso; porque ningun paisano puede morir con dos testamentos, §. 491. 4.; y por tanto el posterior siempre rompe el anterior. Pero en los codicilos, por cuanto no disponemos de todos los bienes, fácilmente pueden tener efecto muchos de ellos. 4) Los codicilos no exigen ninguna solemnidad. Con todo, confesamos que requieren la presencia de cinco testigos, *L.* 20. §. 6. *ff. qui*

test. fac., ó de seis en el codicilo del ciego, *L. C. qui. test. fac.* Pero estos testigos no concurren por solemnidad, sino para prueba. Y de aqui es, que ni debian ser rogados solemnemente, y podian serlo las mugeres, como demostramos en los escolios contra el parecer del ilustre Reinoldo. Advertimos ademas que en el testamento no pueden ser testigos los herederos, y sí los legatarios; al contrario de los codicilos, donde pueden serlo los herederos, y no los legatarios. La razon es porque en el testamento se hace el negocio entre el testador y el heredero, y en los codicilos parece que es entre el testador y el legatario. Y ni en uno ni otro caso puede uno ser testigo en causa propia. §. 10. 11. *Inst. de test. ordin.*

§. DCLXXXV. — DCLXXXVII.

V. Resta saber, qué es *cláusula codicilar*, y qué efecto tiene. Esta clásula suele añadirse á los testamentos, y es en estos términos: *si el testamento no fuese válido como testamento, quiero que valga en clase de codicilo.* Asi se halla esta cláusula en la *L.* 41. §. 3. *de vulg. et pupill. subst.* A lo que suelen añadir los escribanos: *valga como legado, fideicomiso, donacion por causa de muerte, ó por cualquier otro mejor modo que pueda valer.* De esto, parte es en valde, parte superfluo. Por lo demas se atribuye á esta clásula tanto efecto, que los pragmáticos la llaman *yerba betónica* que sana todos los vicios de los testamentos. Empero manifestamos que no sana 1) el defecto de solemnidad interna, por ejemplo, la

preterición de los hijos. 2) El defecto de voluntad. Pues si, por ejemplo, se forzase al testador á testar, ó no estuviese en su cabal juicio, no aprovecharia esta cláusula. 3) El defecto de adicion de la herencia. Pues repudiada esta, queda abondonado el testamento, y se destruye aunque contenga mil cláusulas semejantes. Qué uso tiene pues esta cláusula? Que si asisten cinco testigos, vale el testamento como fideicomiso, *L.* 29. §. 1. *ff. qui test. fac. poss.* Todos los demas efectos que ponderan Gailio, Estrikio y Sandio, son un mero comento de los jurisconsultos.

LIBRO TERCERO.

TITULO I. HASTA EL TITULO XIII.

De la antigua sucesion abintestato.

§. DCLXXXVIII. DCLXXXIX.

Aunque es costumbre de las academias pasar por alto estos trece títulos, como solamente comprensivos del Derecho antiguo (por cuanto Justiniano, promulgado ya su código, publicó la Nov. CXVIII., por la cual mudó toda la sucesion abintestato), sin embargo, para que no ignoremos enteramente el antiguo órden de suceder, le esplicaremos en pocas reglas, siendo la principal y el fundamento de todas las demas, que 1) *los antiguos miraban en la sucesion al estado de familia*; y por consiguiente todos los que no eran de la familia, tampoco participaban de la herencia. De aqui venia la regla 2) de que *solo se debian admitir á la herencia los hijos suyos, mas no los emancipados*; porque estos ya no son parte de la familia, y por lo mismo no son admitidos á la herencia, segun la regla primera. 3) *No habiendo hijos suyos, los que entraban á suceder eran los agnados, y si habia muchos, los mas cercanos*; pues como estos son allegados por parte de padre (§. 220.), solo ellos son de la familia, y no los cognados, acerca de los cuales se ha de notar la siguiente regla: 4) *los cognados no suceden por*

derecho civil, mas con todo son llamados por el pretor juntamente con los agnados por el edicto de cognatis; pues muchas veces el pretor daba la posesion de los bienes á aquellos á quienes las leyes civiles no admitian á la herencia. (§. 65.) 5) *El mismo pretor, no habiendo ningunos hijos, ni agnados, ni cognados, daba la posesion de los bienes al marido ó á la muger por el edicto Unde vir et uxor.* Pero esto se debe entender de la muger que no habia entrado en la potestad del marido por confarreacion, coencion ó uso; porque si habia entrado bajo dicha potestad, se consideraba hija de familia, y heredaba como tal. (§. 116.) La sesta regla 6) es que *muriendo un liberto sin hijos, la herencia pasaba al patrono*, ó faltando este á sus hijos; porque considerándose el patrono como agnado, y aun como padre del liberto (§. 3.), no podia menos de ser su inmediato sucesor. Asi se sucedia por Derecho antiguo: mas como, segun dejo dicho, le mudó todo Justiniano, resta que hablemos con mas detencion de este nuevo modo de suceder.

De la sucesion abintestato segun la Novela CXVIII.

§. DCCXLI. DCCXLII. DCCXLIII.

Ante todas cosas se debe examinar en qué fundamento apoyó Justiniano el órden de sucesion inventado por él. Sobre esto diremos en pocas palabras, que siguió el principio (que Grocio en el *lib. II. cap. VII.* refiere haber sido tambien admitido por otras naciones), de que con jus-

ticia debe ser el inmediato á la sucesion aquel á quien parezca haber amado mas el difunto. Ahora bien; por todos los filósofos con el mismo Aristóteles está observado que el amor desciende; que si no tiene á donde descender, asciende; y que si tampoco puede ascender, entonces se aparta hácia los lados. En efecto, la esperiencia enseña que cada uno ama á sus hijos mas que á nadie, y despues de los hijos á los padres y colaterales; y el natural amor á los hijos supera tanto al amor á los padres, que hay un proverbio muy trivial que dice: *mas facil es que un padre sostenga á veinte hijos*, *que veinte hijos á un padre.* Una vez pues admitido este principio, no pudo menos Justiniano de establecer tres órdenes de sucesion; en términos que 1) sean admitidos los *descendientes*; no habiéndolos 2) los *ascendientes*; y faltando tambien estos 3) los *colaterales.* Y subsidiariamente admitió despues de estos, ó al mismo tiempo que estos, á los *cónyuges*, y por último al *fisco* en caso de no haber heredero alguno.

De la sucesion de los descendientes.

§. DCCXLIV.

Queda dicho que antes que todos deben ser llamados los descendientes, por los cuales entendemos aqui todos aquellos que efectiva y naturalmente son hijos ó descendientes nuestros, ó los reputan tales las leyes civiles. De aqui es que debe tratarse con órden y claridad de la suce-

sion 1) de los legítimos; 2) de los legitimados; 3) de los adoptivos, y 4) de los ilegítimos.

§. DCCXLV.

Acerca de los *descendientes legítimos* ha de observarse la regla de que todos indistintamente suceden á sus padres. Luego no hay aqui diferencia entre los grados, pues que son llamados asi los nietos como los biznietos y demas, con tal que no tengan padre que sea mas cercano. Ni tampoco hay diferencia entre los sexos, porque aunque antiguamente las mugeres eran escluidas de la herencia por la ley Voconia (como nos enseña Jac. Perizonio en su *disert. de lege Voconia*), la opulencia de Roma fue causa de que despues del reinado de Augusto se destruyese esta ley, segun sabemos por Aulo Gelio. (*Noct. Att. lib.* 22. *cap.* 1.) Ademas tampoco hay diferencia alguna entre los suyos y los emancipados; pues no atendiéndose ya al estado de familia, lo mismo da que esten bajo la patria potestad que emancipados, puesto que el amor, que puso por fundamento Justiniano, no pende de tener á los hijos en su poder, sino del orígen de la sangre. Por último, ya no hay tampoco diferencia entre la sucesion paterna y la materna. Es verdad que por derecho antiguo no sucedian los hijos á la madre, á no ser que el senado consulto Orficiano los admitiese, ni tampoco las madres á los hijos antes del Scto. Tertuliano, que admitió á las madres que tenian el derecho de tres hijos. (§. 696.) Pero Justiniano, que habia atendido al amor, que en las madres

suele no ser menor que en los padres, quiso tambien que los descendientes sucediesen á la madre y familia materna, igualmente que á la paterna.

§. DCCXLVI.

Mas aunque como dije, suceden todos los descendientes que no tienen padre mas cercano, sin embargo no todos reciben la misma porcion. Sobre esto deben distinguirse tres casos. 1) Si hay solo hijos de primer grado, suceden por cabezas; que es decir, que se hacen tantas porciones cuantos son los hijos. Por ejemplo: en la *fig.* 1ª, *Lam.* 1ª, si el padre ó la madre deja cuarenta mil, cada hijo tomará diez mil, porque son del primer grado, y por eso suceden por cabezas. 2) Si solo hay hijos de grados ulteriores, todos ellos suceden por estirpes, que es decir que no se hacen tantas porciones como cabezas, sino tantas como estirpes. Verbigracia, en la *fig.* 2ª el primero y el segundo tomarán de la herencia de arriba diez mil; el tercero, el cuarto y el quinto diez mil; otros diez mil el sesto y el sétimo, y diez mil el octavo solo; porque habiendo en este caso cuatro estirpes, deben tambien hacerse cuatro partes ó porciones. 3) Si al mismo tiempo hay hijos del primer grado y de los ulteriores, entonces los primeros suceden por cabezas, y los últimos por estirpes. En la *fig.* 3ª el primero tomará diez mil; el segundo y el tercero juntos diez mil; el cuarto solo diez mil, y el quinto, sesto y séptimo otros diez mil.

§. DCCXLVII.

Asi se verificaba la sucesion de los hijos en caso de ser todos de un mismo matrimonio. Y si no eran de uno mismo, sino de *diversos*? Entonces cada uno sucede solo á su padre; y la herencia del padre comun la dividen todos entre sí igualmente. En la *fig.* 4ª, por ejemplo, el tercero, que es el padre, tuvo de la primera muger al cuarto, y de la segunda al quinto. Pues el cuarto solo sucede á la primera, el quinto solo á la segunda, y la herencia del tercero, padre comun, la dividen ambos igualmente.

§. DCCXLVIII.

Hemos tratado de los hijos legítimos; ahora vamos á hablar de los *legitimados*. Y como la legitimacion se hace hoy ó *por subsiguiente matrimonio*, ó *por rescripto del príncipe*, en el primer caso se ha de observar la regla de que *los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden con el mismo derecho que los legítimamente nacidos*; mas por lo que toca á los legitimados por rescripto del príncipe, se debe distinguir si han sido ó no legitimados con el objeto de que sucediesen: en el último caso nada absolutamente reciben de la herencia paterna; en el primero son admitidos sí en caso de ser solos; mas si hay otros hijos legítimos, debe quedar á estos salva la porcion legítima. Empero si ha de decirse la verdad, este derecho no se funda en ningun texto espreso,

aunque de ser esta la práctica comun da testimonio el juriscousulto Galio. (*Lib. II. Obs.* 142.)

§. DCCXLIX.

Siguen los hijos *adoptivos*; los cuales como mientras estan bajo la patria potestad tienen el mismo derecho que los naturales, es consiguiente que deben suceder con el mismo derecho. Con todo hay aqui dos cosas singulares que notar: 1) que los adoptivos suceden al padre y á los parientes de este, mas no á la madre ni á la muger del padre adoptivo ni á los parientes de ella; por cuanto la adopcion no da el derecho de cognacion, sino tan solo el de agnacion. (§. 182.) *L.* 22. *D. de adopt.* Y 2) que segun el derecho feudal los adoptivos ni aun suceden á los agnados, pues como los feudos tan solamente recaigan en aquellos á quienes llama la ley ó el señor directo por el primer pacto feudal, espresado en las cartas de envestidura, ya se deja conocer que no está en arbitrio del vasallo adoptar estraños que ocupen el lugar de los hijos naturales.

§. DCCL.

Entre los descendientes resta hablar de los *ilegítimos*; los cuales como no tienen padre por Derecho romano, solo suceden á la madre, que siempre es cierta ó conocida. *L.* 2. *D. inde cognat.* Tal es la regla: cuyas escepciones vamos á notar, y son: 1) que los ilegítimos no suceden al padre ni á la madre si han nacido de incesto

ó de cópula nefanda, como que estos, segun la *Novela LXXXVIII* §. 4., ni siquiera reciben alimentos, es decir, correspondientes á la condicion ó clase de sus padres. 2) Tampoco los espúreos, esto es, los que no tienen padre conocido, reciben absolutamente nada, ni aun de la madre si esta es de condicion ilustre. Y aqui pertenece la *L.* 5. *C. ad Sctum. Orphitianum*, en que con bastante ridiculez filosofa de esta manera Justiniano: *Sancimus itaque, ut neque ex testamento, neque abintestato, neque ex liberalitate inter vivos habita, justis liberis existentibus, aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perveniat: quum in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus castitatis observatio præcipuum debitum est, nominari spurios satis injuriosum, satisque acerbum, et nostris temporibus indignum esse judicemus, et hanc legem ipsi pudicitiæ, quam perpetuo colendam censemus, dedicamus.* ¡Como si fuera digna del privilegio del pudor y castidad la que manchó su ilustre nacimiento con el torpísimo desenfreno del estupro! y como si no hiciera ella á su sangre mayor injuria que el espúrio á la madre! 3) A veces tambien sucede al padre el ilegítimo si (a) ha nacido de muger honesta, es decir, de concubina, y de padre conocido, y (b) si no hay hijos legítimos que le escluyan; pues entonces, segun la *Nov. LXXXVIII.*, recibe el restante de los bienes paternos que debe dividir con la madre.

De la sucesion de los ascendientes.

§. DCCLI. DCCLII.

Dejamos dicho, que no habiendo posteridad no tiene el amor á donde descender, y que por lo mismo asciende. De aqui se infiere que la sucesion es ordinariamente recíproca, y que por tanto los padres á quienes suceden los hijos, suceden tambien á los hijos. Mas como el derecho de representacion no puede tener lugar entre los ascendientes, se deben observar las reglas siguientes. 1) Entre los ascendientes los mas cercanos escluyen á los mas remotos, y si son de la misma línea dividen la herencia por cabezas. Verbigracia, en la *fig.* 5ª, muerto el segundo, la herencia del primero pasa á la tercera sola (que es la madre), aun cuando en la misma figura hay ademas el cuarto, el quinto y la sesta (que son abuelos y abuela). Si el segundo vive aun dividirá la herencia por partes iguales con la tercera.

§. DCCLIII. DCCLIV.

Regla II. Si solo quedan ascendientes, ellos solos son herederos. Mas si el difunto tuvo al mismo tiempo hermanos y hermanas por parte de padre y madre, ó hijos de ellos, son admitidos juntamente, en términos que los padres sucedan por líneas, los hermanos y hermanas por cabezas, y los hijos de hermanos y hermanas por estirpes. Asi, por ejemplo, en la *fig.* 6ª son admitidos á

la herencia de Seyo el primero, la segunda, el tercero, cuarto, quinto, sesto, sétimo, nono, y décimo; pero solo se hacen seis partes, una de las cuales toca al primero y á la segunda; otra al tercero; la tercera al cuarto; la cuarta al quinto; la quinta al sesto y sétimo, y la última al octavo, nono y décimo. Esta regla única y esta sola figura comprende todos los casos que pueden ocurrir en la sucesion de los ascendientes, con tal que se añada la regla III. del párrafo siguiente.

§. DCCLV.

Regla III. *Los hijos de hermanos carnales son admitidos por derecho de representacion, si concurren con hermanos y hermanas carnales.* Porque si son solos, los escluyen los ascendientes. Por ejemplo: en la *Fig. VII.* solo el primero (que es el abuelo) recibe la herencia de Seyo, y son escluidos el segundo, y todos los demas hijos de los hermanos. En estos términos se verifica la sucesion de los ascendientes, acerca de la cual debe ademas observarse que esta herencia se llama elegantemente *Luctuosa*, porque siendo asi que de los otros herederos casi siempre se dice que se alegran, solo los padres suceden contra sus deseos, y mudándose el orden de la naturaleza, son herederos de aquellos que deseaban les sucedieran.

§. DCCLVI. DCCLVII.

Todavía puede moverse la cuestion, de si los

padres suceden á los hijos legitimados, adoptivos é ilegítimos. Pero fácilmente podrá responderse á ella si se observa lo que advertimos al principio de esta seccion, á saber; que por lo regular es recíproca la sucesion entre ascendientes y descendientes. Asi pues, 1) por cuanto los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden lo mismo que los legítimos, tambien los padres suceden á ellos. 2) Los arrogados y adoptivos tan solo suceden á los padres bajo cuya potestad se hallan, y no á las mugeres de estos, y por eso tambien á los adoptivos sucede el padre solo, y no la madre, que no se hace tal por la adopcion. Por cuanto los ilegítimos solo suceden á la madre, de aqui es que solo esta es heredera de los hijos ilegítimos. Y por la misma razon tampoco la madre ilustre puede ser heredera de los espúreos, en atencion á que estos nada toman de su herencia por la *L.* 5. *C. de Scto. Orph.* En una palabra, esta sucesion siempre es recíproca, escepto en un caso, es decir, si la adopcion es menos plena, ó lo que es lo mismo, si un estraño adoptare el hijo ó hija de otro estraño, que entonces aunque este hijo ó hija sucede *abintestato* al adoptante, no asi el adoptante al hijo, porque esta adopcion imperfecta no da el derecho de patria potestad, §. 2. *Inst. de adopt.*

De la sucesion de los colaterales.

§. DCCLVIII.

Cuando tampoco puede ascender el amor, la

esperiencia enseña que se aparta á los lados. Por esta razon no habiendo ascendientes son próximos á suceder los colaterales; pues aunque entre ellos es á veces muy tibio el afecto, y bastante raro el cariño de los hermanos, sin embargo, nuestras leyes atienden á lo que sucede con mas frecuencia, *L. 3. seq. ff. de legibus.*

§. DCCLIX.

Tres son las reglas que acerca de los colaterales deben observarse. 1) *Los hermanos y hermanas de padre y madre y sus hijos escluyen á todos los demas colaterales, en términos que aquellos suceden por cabezas, y estos por estirpes en virtud del derecho de representacion.* Reg. 2) *Si existen solo los hijos de hermanos y hermanas de padre y madre, suceden por derecho propio, y son admitidos por cabezas.* Es pues regla general que no se admite en los colaterales el derecho de representacion, sino cuando los hijos de hermano ó hermana concurren con hermanos y hermanas. En la *Fig. VIII.*, por ejemplo, el primero recibe un cuadrante; el segundo y el tercero asimismo otro cuadrante; el cuarto solo un cuadrante, y los demas dividen entre sí el cuadrante que falta. Pero en la *Fig. IX.*, por cuanto no hay hermanos y hermanas, sino tan solo hijos de ellos ó sobrinos, son admitidos estos por cabezas en virtud de su derecho propio, y por eso cada uno debe recibir la sesta parte.

lia, lo adquiria todo para este. V. Cic. *Top.* c. 4. Muerto pues el marido, no sucedia como muger de él, sino como hija de familia y heredera suya, Dion. de Hal., *L.* 2. *p.* 45. Gelio, *L.* 18. c. 9. Mas despues que estos ritos perdieron su vigor y dejaron las mugeres de estar bajo la potestad marital, ya no habia razon alguna para que el marido sucediese á la muger, ni esta al marido, no siendo recíprocamente agnados ni cognados, que eran los únicos que se reputaban por capaces de sucesion. El pretor empero habia introducido un nuevo modo de suceder en el edicto *unde vir et uxor*; por el cual queria que disuelto el matrimonio, los cónyuges que sobrevivieran sucediesen á los difuntos en caso de faltar toda cognacion; pues entonces el cónyuge tomaba toda la herencia. V. todo el *tit. ff. unde vir et uxor.*

§. DCCLXIV.

Mas como de esta manera rara vez se verificaba que los cónyuges sucediesen, Justiniano introdujo en favor de ellos en la *Nov. CXVIII. c. et Anth. præterea C. unde vir et ux.* un beneficio mas pingüe, á saber; que fuesen admitidos con los demas herederos en caso de ser pobres y el difunto rico. Pero cuánto han de recibir entonces los cónyuges? Resp. O los herederos son mas de tres, ó son menos. En el primer caso reciben igual porcion que los otros herederos, y en el último la cuarta parte de todos los bienes. Sin embargo, aqui hay una nueva distincion, pues ó concurre el cónyuge con hijos ó con herederos es-

traños. En el primer caso recibe su porcion por derecho usufructuario, y por derecho de propiepad en el segundo.

De la sucesion del fisco.

§. DCCLXV. DCCLXVI.

El último heredero es el fisco, el cual sin embargo tan solo es admitido subsidiariamente, pudiendo ocupar la herencia dentro del cuadrienio si estan vacantes los bienes, esto es, si ningun cognado aparece. Y aun hay algunos estraños que son preferidos al fisco, cuales son: 1) los cónyuges, de quienes se ha hablado en la seccion anterior. 2) Los sócios ó copartícipes de la liberalidad del emperador. Por ejemplo: si á mí y á Ticio nos hubiese el príncipe dado un prédio, y Ticio muriese sin cognacion, yo seré su heredero abintestato en este prédio, en términos de ser preferido al mismo fisco. 3) La iglesia en los bienes de un clérigo, por considerarse que el difunto la amó sobre todas las cosas. 4) El ala de caballería en los bienes del soldado que ni hizo testamento ni dejó cognados, aunque se acostumbre que el Centurion tome para sí de esta herencia el mejor caballo ó las mejores armas. 5) Todos los colegios ó corporaciones lícitas si un miembro de ellos muriere sin cognacion. No obstante, cualquiera echa de ver con facilidad que todos estos casos son rarísimos.

TITULO XIV.

De las obligaciones.

§. DCCLXVII.

Cuanto hasta aqui llevamos esplicado pertenece á las especies de *derecho en la cosa*; pues hemos visto los modos de adquirir el *dominio*, *Lib. II. tit.* 1. y *sig.*; hemos visto cuáles sean las *servidumbres*, *Lib. II. tit.* 3. 5.; hemos tambien considerado prolijamente el *derecho hereditario*, que compete bien por testamento, bien abintestato, *Lib. II. tit.* 10. *Lib. III. tit.* 13. Ahora debiera hablarse del *derecho de prenda*; mas no sé por qué desgracia ha omitido enteramente Justiniano esta especie en su Instituta, sin decir mas que algunas cosas pertenecientes al contrato de prenda, *Lib. III. tit.* 15. Pero ya tomaremos nosotros de las Pandectas lo necesario para llenar en su lugar oportuno este vacío. Pasemos ahora á hablar de los *derechos á la cosa*, que son la otra especie del derecho de las cosas, §. 331. Mas como todo derecho á la cosa nazca de una obligacion, se trata solo de las obligaciones en esta última parte del lib. III. y al principio del lib. IV.

§. DCLXVIII.

Se pregunta pues, qué cosa sea obligacion? Y se responde, que es *un vínculo del derecho que nos constituye en la necesidad de hacer ó dar alguna cosa*. Pero esta definicion la miran por lo

regular con desprecio los sabidillos, que principalmente reprenden el que definamos la cosa por medio de una simple translacion ó metáfora; y aun se dejan decir, llevados de la gran sutileza de su ingenio, que vínculo del derecho es el lazo con que se ahorca á los ladrones. Lindamente! vaya que la esplicacion es graciosa y sobremanera sábia! Las cosas morales tan lejos estan de poder espresarse con vocablos propios, que la misma voz *obligacion* es una palabra metafórica. Y qué adelantamos, pregunto yo, con la definicion que recomiendan ellos como verdaderamente filosófica, de que la obligacion es una cualidad moral pasiva, por la cual se impone la necesidad de dar ó hacer alguna cosa? Como si esta definicion no fuese mas oscura que la cosa definida! Quede pues sentada la nuestra, de la cual se deriva desde luego el axioma de que *la obligacion no sale de la persona*; y asi nunca se puede intentar accion contra un tercero, sino tan solo contra aquel que se ha obligado con nosotros; que es en lo que consiste la diferencia entre el derecho á la cosa, y el derecho en la cosa, de que hemos hablado arriba en el §. 333. 2.

§. DCCLXIX.

De la definicion pasamos á las divisiones; la primera de las cuales, es que las obligaciones son ó *meramente naturales*, ó *meramente civiles*, ó *mistas*. El fundamento de toda obligacion es la ley. Si pues la obligacion nace del derecho natural, sin que concurra el derecho civil, será me-

ramente natural. Por ejemplo: el derecho natural dicta que los pactos se deben cumplir; mas como el derecho civil no hace obligatorios los simples pactos, por eso se dice que la obligacion que resulta es meramente natural. Si por el contrario, introduce el derecho civil una obligacion, á la cual se opone, ó que no admite el derecho natural, se llamará meramente civil. V. g. Lo que se ha prometido por miedo, segun el derecho civil estricto se debe cumplir, porque la voluntad forzada al fin es voluntad conforme á los principios estóicos de los jurisconsultos, *L.* 21. §. 5. *ff. quod met. caus.* Mas por cuanto el derecho natural no admite una obligacion así arrancada por la fuerza y por el miedo, se dirá que esta obligacion es meramente civil. Por último, si ambos derechos, el natural y el civil, sufragan cierta obligacion, esta será mista. Por ejemplo: el comprador está obligado por derecho civil y natural á pagar el precio prometido, y por eso se puede llamar mista esta obligacion. Las mistas son verdaderas obligaciones, como que producen todo el efecto de tales: las civiles no tienen ningun efecto, pues se rescinden por la restitucion *in integrum*; y por último, las naturales aprovechan para escepcionar, mas no para intentar accion.

§. DCCLXX.

Otra division, ó por mejor decir subdivision, es que unas son *civiles* y otras *pretorias*. Son civiles las que se derivan del derecho civil, esto

es, de las leyes, plebíscitos, senado-consultos, constituciones de los príncipes, y respuestas de los jurisconsultos. Y por el contrario, pretorias son aquellas que vienen del edicto del pretor ú otros magistrados: pues en general se dice pretorio todo lo que trae su orígen de los magistrados, aun de los próconsules y ediles, porque en los primeros tiempos de la república todos los magistrados romanos se llamaban pretores, de *præeundo*, ir delante, por los lictores que los precedian. La obligacion, por ejemplo, del vendedor y del comprador de tomar sobre sí la culpa leve, es civil, porque procede del derecho civil; pero la obligacion del vendedor de volver á tomar la cosa viciosa y restituir el precio es pretoria, porque se deriva del edicto edilicio.

§. DCCLXXI.

Sigue la tercera division, de que unas obligaciones nacen *inmediatamente* de la equidad natural, y otras *mediatamente* de algun hecho obligatorio. Nacen inmediatamente de la equidad siempre que exijo algo por este principio: *lo que á tí no te daña y aprovecha á otro, estás obligado á hacerlo*; y tambien *estás obligado á lo que exige la recta razon.* Y por eso, v. gr. el poseedor está obligado por la regla primera á exhibir la cosa al dueño; y por la última lo está el padre á alimentar al hijo, aunque no haya mediado hecho alguno obligatorio. Empero cuando la obligacion nace de un hecho, ó este es *lícito*, ó *ilícito*. El lícito consiste en el consentimiento, y el ilícito en un delito. De aqui una

nueva division de la obligacion, esto es, que unas nacen *de convencion*, y otras *de delito.* De los delitos hablaremos en el libro IV.; ahora tratemos solamente de las convenciones.

§. DCCLXXII. DCCLXXIII.

Convencion, que en nuestro derecho tambien se llama pacto, es *el consentimiento de dos ó mas personas que se avienen sobre alguna cosa que deben dar ó hacer.* Decimos 1) que es *consentimiento*, porque de otra manera no habria ningun hecho obligatorio. Decimos 2) que es consentimiento *de dos ó mas*, v. gr. en el contrato de sociedad pueden pactar ó convenirse ciento ó mas personas. Decimos ademas 3) *que se avienen*, porque mientras no sienten una misma cosa los contratantes, no se puede decir que hay verdadera convencion. Y finalmente, añadimos *sobre alguna cosa que deben dar ó hacer*; acerca de lo cual advertimos, que bajo la afirmacion se comprende asimismo la negacion, pues tambien hay pactos de no dar ó no hacer que se llaman *remisorios.*

§. DCCLXXIV. DCCLXXV. DCCLXXVI.

La convencion se divide en *contrato* y en *pacto*; y el orígen de esta division se debe traer solo del Derecho romano, como que segun él no producian acciones los pactos, sino los contratos. Estrañan esto algunos, y acusan la perfidia de los romanos, por haber contra el derecho natural quitado á los pactos toda obligacion. Pero en esto injurian su prudencia; porque ellos no

enseñaban que los pactos no debiesen observarse, antes tenian por un pérfido y un malvado á aquel que no los guardaba. Y á propósito de esto dijo con elegancia Séneca *de benef. L.* 5. *c.* 21.: *Quæ res ad id præstandum nos, quod alicui promissimus, alligat? Quæras tu cum eo, qui non præstat, et fidem datam nec servatam indignabor.* Si por los pactos no concedian accion, esto consiste en que las mas de las veces aseguran los hombres no haber pactado sériamente: por lo cual Euclion en el *Aulul.* de Plauto, *Act. II. Scem. II.* §. 81., dice:

At scio, quo res pacto soleatis perplexarier:
Pactum non pactum est, non pactum autem pactum, quod vobis lubet.

Pues para que los hombres no anduviesen perplejos y cavilosos, establecieron los romanos que la confianza de los ciudadanos se fundase, no en los pactos, sino en los contratos: que es lo mismo que decir, que para que los hombres no pudieran alegar que no habian consentido sériamente, introdujeron la estipulacion solemne, de mediar la cual naciese plena obligacion. Esto lo ha espresado muy bien Edm. Merilio, en la *Obs. LVII.* c. 39. *Ideo vero*, dice, *ex pacto nudo inter cives romanos actio non nascitur, quia scilicet fidem illi sanxerant in negotiorum contractibus, non in nudis pactis, nec formulam prodiderant, qua de nudis pactis ageretur, quia modum vulgarem fidei adstringendæ habebant estipulationem, certa verborum propietate contractam. L.* 2. *de oblig. et act. Eam si paciscentes omissisent, magis id vide-*

bantur perlusorie fecisse quam ut fidem adstringerent. Pues en qué se diferencian los pactos y los contratos? Esto ya lo enseñó en su tiempo Cujacio, *L.* 11. *Obs. c.* 15, cuando observa que la verdadera y genuina definicion está virtualmente contenida en la *L.* 7. §. 1. 2. *ff. de pactis*, á saber; que *contrato* será *la convencion que tiene* ó *nombre ó causa.* Luego *pacto* será *la convencion que ni tiene nombre ni causa.* Para la inteligencia de estas definiciones debe saberse qué cosa sea nombre, y qué causa. Por *nombre* entendemos aqui el vocablo que produce una accion del mismo nombre; y por *causa* se entiende alguna cosa presente, de la cual nace obligacion segun las leyes. Asi por ejemplo, la venta tiene nombre, porque de ella nace la accion *empti*, *venditi.* La estipulacion tiene nombre y causa: nombre, porque de ella nace la accion *ex estipulatu*; y causa, porque medió la solemnidad de palabras á que dieron las leyes fuerza de obligar. Por el contrario, la donacion no tiene nombre ni causa, porque ni se da accion *donati*, ni hay cosa alguna presente, sino que tan solo se promete para lo futuro sin que intervengan solemnidades.

§. DCCLXXVII.

Los pactos, distintos de los contratos, se subdividen en *nudos* y *no nudos*, ó como llaman bárbaramente los glosadores, *vestidos.* Los nudos, que son aquellos que subsisten dentro de los puros límites de la convencion ó consentimiento, no producen obligacion civil, ni accion alguna; los no nudos son los que producen alguna accion,

aunque no son contratos. V. gr. los esponsales contraidos sin estipulacion eran un pacto nudo, porque no resultaba de ellos ninguna obligacion ni accion. Empero el que algunos pactos sean no nudos, y produzcan obligacion y accion, esto proviene de que á unos asiste la ley, á otros el pretor, y á otros los contratos á que han sido añadidos incontinenti. Aquellos á los cuales asiste la ley se llaman *legítimos*, y de ellos nace la condicion *ex lege*, v. gr. *ex L.* 35. *C. de donat.* Aquellos á que asiste el pretor se llaman pactos *pretorios*, cuales son la *hipoteca* y el *dinero prometido* (*constituta pecunia*), que producen acciones del mismo nombre, á saber; la accion hipotecaria, que tambien se llama cuasi serviana, y la accion *de constituta pecunia.* Finalmente, los pactos á que asisten contratos, se llaman *añadidos.* Si se añaden incontinenti á contratos de buena fe ó bilaterales, producen la misma accion que por otra parte nace de aquel contrato. Por ejemplo: si el vendedor añadió incontinenti al contrato de compra y venta el pacto de retracto convencional (*protomiseos*), de la ley comisaria, *addictionis in diem*, de retrovendendo, y otros semejantes; por todos estos pactos tendrá la accion *venditi.* Pero, y si el pacto fue añadido á un contrato *stricti juris*, ó no ha sido añadido incontinenti? Entonces solo produce escepcion, no accion, *L.* 7. §. 5. 6. *ff. L.* 13. *C. h. t.*

§. DCCLXXVIII.

Esto por lo que hace á los pactos. Los contra-

tos que se oponen á ellos, se dividen en *verdaderos* y en *cuasi contratos*; y el fundamento de esta division pocos jurisconsultos la examinan atentamente. Unos dicen que los cuasi contratos nacen del consentimiento tácito, como si los contratos tácitos no fuesen verdaderos contratos. Otros los hacen derivar de las varias figuras de causas. Pero estas palabras que se encuentran en la *L.* 1. *ff. de obl. act.*, son tan oscuras que de ninguna manera pueden servir para la definicion. Algunos, y entre ellos Pagenstecher en sus *Aphor. lib.* 3. §. 145., definen el cuasi contrato, diciendo que es la obligacion que ni nace de contrato, ni de delito, ni de cuasi delito. Pero fuera de que esta definicion, tomada del principio de las *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.*, es negativa, y por lo mismo tan oscura como la cosa definida, se sigue manifiestamente de ella el absurdo de que todos los pactos legítimos son cuasi contratos. Westemberg en el *tit. de Pactis.* §. 54. le difine de este modo: cuasi contrato es un hecho no torpe, del cual nace obligacion sin que medie convencion alguna. Pero aun envuelve oscuridad esto de que la obligacion puede nacer sin convencion. Y asi nosotros discurrimos de esta manera: todo contrato está fundado en el *consentimiento*. El consentimiento ó es *verdadero* ó *fingido*, es decir, *presunto*. Del verdadero nacen los verdaderos contratos, y del presunto, esto es, de un hecho, los cuasi contratos. Mas no se ha de creer que sin ninguna razon fingen las leyes que alguna ha consentido, no habiendo prestado su consentimiento; antes bien hay principalmente tres

reglas de equidad natural, de las que se infiere este consentimiento. 1) *Nadie sin razon muy poderosa debe enriquecerse con perjuicio de tercero.* 2) *Quien quiere lo antecedente, debe querer lo consiguiente.* 3) *Cualquiera parece aprobar aquello que promueve su utilidad.*

§. DCCLXXIX.

Los verdaderos contratos son *nominados* ó *inominados*. Los nominados tienen nombre y causa, y por eso siempre producen una accion del mismo nombre. Los inominados tienen sí causa, pero no tienen nombre, y asi es que no producen accion del mismo nombre, sino una accion general *in factum* ó *præscriptis verbis*. Podráse objetar el contrato estimatorio; el cual, con todo de ser un contrato inominado, produce no obstante la accion estimatoria: V. *Rubr. ff. de estim.* Pero á esto se responde que tambien esta accion estimatoria es la misma accion *præscriptis verbis*, y por esta razon en la *L. 1. pr. ff. ejusd. titul.* se llama acción estimatoria *præscriptis verbis*. Dichos contratos inominados son cuatro: *doy para que des* (*do ut des*), que unas veces se llama permuta, y otras contrato estimatorio: *doy para que hagas* (*do ut facias*): *hago para que des* (*facio ut des*); y *hago para que hagas* (*facio ut facias*). Diráse que tambien se pudieran llamar todos los contratos nominados, *do ut des*: porque, qué otra cosa viene á ser la compra y venta sino un *doy para que des*? y qué otra cosa el alquiler de los trabajos ó servicios, sino el contrato

hago para que des? A esto se satisface diciendo, que entre los contratos nominados y los inominados media tambien la diferencia de que en aquellos intervine dinero contado, y en estos otra cosa distinta del dinero; ó si este se da, no está determinado por la convencion, ó por lo menos no es estipendio, sino honorario. Asi pues, si por ejemplo, digo: te doy dinero para que me des un libro; es una compra y venta. Pero si nos convenimos en darte yo á tí este libro para que tú me des á mi otro, este será el contrato nominado *do ut des.* Y asi tambien si dice un sastre: te haré un vestido por tanto dinero, será un alquiler de servicios; mas si dijere: te haré un vestido con tal que me des trigo, ó con tal que me hagas unos zapatos; ó si un profesor dijese que por el honorario esplicaria públicamente á un colegio; estos serian contratos inominados.

§. DCCLXXX.

Ademas, como todos los contratos deben tener causa, es decir, alguna cosa presente, de la cual nazca obligacion segun las leyes (§. 776.), se pregunta: cuántas y cuáles son estas causas. A lo cual se responde que son cuatro, á saber; *entrega de la cosa*; *palabras solemnes*; *instrumentos*, y *consentimiento*. Luego en esto se atiende siempre á lo que perfecciona el contrato y le concluye; y asi los que se perfeccionan con la entrega de la cosa, se llaman *reales*, cuales son el *mútuo*, *comodato*, *prenda* y *depósito*. Los que se perfeccionan por medio de palabras solemnes se lla-

man obligaciones de palabras ó contratos *verbales*; de los cuales solo queda uno por Derecho nuevo, á saber, la *estipulacion*; porque por el antiguo á mas de esta obligacion de palabras, habia la declaracion de la dote (*dictio dotis*), y la promesa jurada de servicios que solian hacer los libertos: V. Cujac. *Inst. L. II. tit.* 9. §. 3. El que se termina por medio de instrumentos públicos se llama contrato *literal*: Justiniano fue el primero que le redujo á la forma que hoy tiene. Finalmente, cuando el consentimiento solo basta para perfeccionar el contrato, esta clase de contratos se llaman *consensuales*, y son cinco, á saber; compra y venta, locacion conduccion, enfitéusis, sociedad y mandamiento.

§. DCCLXXXI.

Réstanos la última division de los contratos, segun la cual unos son *unilaterales*, y otros *bilaterales*. No se llaman asi por las personas contrayentes, porque de esta manera todos los contratos serian bilaterales, sino por las personas que se obligan. Si se obligan ambas, el contrato es bilateral; si se obliga una sola, unilateral. Asi, por ejemplo, en la compra y venta se obligan ambos contrayentes, y en el mútuo tan solo uno. Los unilaterales se llaman tambien en nuestro derecho *stricti juris*, y los bilaterales *bonæ fidei*; lo cual no ha de entenderse como si se dijera que en los contratos de derecho estricto no es necesaria la buena fe: el verdadero sentido es que en los contratos de derecho estricto no se puede pedir nada

mas de lo que espresamente se ha prometido, y que por el contrario en los contratos de buena fe se debe tambien lo que no se ha espresado, con tal que asi lo exija la equidad. Por ejemplo: en el mútuo no se piden usuras, á no ser que se hayan prometido, porque es contracto *stricti juris*; pero en la compra y venta el comprador solamente por su tardanza en el dar el precio debe dar usuras, por ser *bonæ fidei* este contrato.

§. DCCLXXXII.

De aqui se infiere fácilmente por qué algunos contratos producen dos acciones, y otros solo una. Efectivamente, como en los bilaterales estan obligados ambos contrayentes, por precision debe haber dos acciones, por cuyo medio sean ambos compelidos á hacer aquello que deban. Y por el contrario, en atencion á que por ejemplo en el mútuo no está obligado á nada el acreedor, sino tan solo el deudor, de aqui es que solo compete una accion, á saber; *condictio certi ex mutuo.* Las dos acciones que nacen de los bilaterales, ó son por ambas partes *directas*, ó se llama una de ellas *directa* y la otra *contraria.* Son ambas directas siempre que la obligacion de entrambos contrayentes nace ya en el momento de celebrarse el contrato; y una directa y otra contraria siempre que uno de los contrayentes quede obligado por el mismo contrato, y el otro por lo despues hecho. En la compra y venta, v. g. ambos contrayentes se obligan desde el principio por el mismo contrato, y por la accion *empti* y la ac-

cion *venditi* son directas. Mas en el mandamiento el mandatario se obliga, es verdad, por el mismo contrato y desde el principio, pero el mandante no está obligado sino por lo despues hecho, es decir, si el mandatario hiciese gastos por él, ó sufriese perjuicio por el mandamiento; por cuya razon es directa la accion contra el mandatario, y al reves, contraria la accion contra el mandante. Acerca de estas acciones contrarias hay una regla muy general, que es: *que toda accion contraria se da para indemnidad.*

§. DCCLXXXIII. DCCLXXXIV.

En materia de contratos hay la célebre cuestion del resarcimiento de daños, acerca de la cual discurren con bastante sutileza los jurisconsultos romanos, razon porque alguna vez no los entienden nuestros doctores. Sin embargo, aclaró muchísimo esta doctrina la escelente disertacion de Henr. Coceyo *de culpis præstandis.* Nosotros entrando en materia, decimos, que *daño* es todo lo que disminuye nuestro patrimonio. Esto se verifica ó por *dolo*, ó por *culpa*, ó por *caso fortuito*; por *dolo*, si interviene engaño ó malicia; por *culpa*, si se peca por descuido ó imprudencia; y finalmente, por *caso fortuito* si el daño viene por la divina providencia, á la cual no puede resistirse.

§. DCCLXXXV.

En cuanto al dolo hay solamente una regla que observar, á saber; *que se debe pagar siempre*

y en todos los contratos; lo cual es tan cierto que aun cuando hayan pactado los contrayentes que no se responda del daño causado por dolo, este pacto no vale, porque incitaria á uno de los dos á pecar, *L.* 22 *ff. de reg. jur.* Y aun en algunos contratos no basta que el que ha pecado por dolo le quiera pagar, sino que ademas es infame; cuales son la *tutela*, *depósito*, *sociedad y mandato*, *L.* 1. *ff. de his qui not. infam.* Establécenlo asi las leyes porque estos cuatro contratos solo se hacen con amigos, al paso que los demas se entablan con cualquiera; y es cosa la mas vergonzosa que un amigo engañe á otro amigo bajo las apariencias de amistad. A propósito de lo cual dijo elegantemente Ciceron; *pro Quinto Boscio*, *Comædo*, *c.* 6 *Si qua sunt privata judicia summæ existimationis*, *et pœne dicam*, *capitis fiduciæ* (bajo cuya palabra comprende el mandato y el depósito) *tutelæ*, *societatis. Æque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere*, *quæ continet vitam*, *et pupillum fraudere*, *qui in tutellam pervenit*, *et socium fallere*, *qui sé in negotio conjunxit.* No mas que una es la regla que hay acerca del *caso fortuito. Nadie está obligado á responder del daño provenido de caso fortuito*, *L.* 23. *ff. de R. J.*; porque quién ha de imputar al hombre lo que dimana de la voluntad de Dios, por la que se gobiernan todas las cosas. Puede no obstante suceder que alguno tenga que pagar el caso fortuito: 1) si espontáneamente le ha tomado sobre sí: 2) si fuese moroso en entregar ó restituir; y 3) si su negligencia dió ocasion al caso fortuito. Estas son las escepciones que po-

nen los doctores, aunque si hemos de confesar la verdad, lo que en estos tres casos se paga es la culpa, no el caso fortuito.

§. DCCLXXXVI. DCCLXXXVII.

Mas complicacion hay con respecto á pagar la *culpa*, porque los jurisconsultos la miden y compasan por decirlo asi, y la dividen en *lata*, *leve* y *levísima*. El fundamento de esta division es la diversidad de diligencia que se observa en los padres de familia. Los hay sumamente vigilantes, que andan siempre con cien ojos sin poder dormir ni estar tranquilos hasta registrar los mas ocultos rincones de su casa. Pues de los que no imitan la baja diligencia de estos, se dice que cometen *culpa levísima*. Hay tambien padres de familia malbaratadores de su hacienda, á quienes no concedió la naturaleza ni buscar, ni conservar lo adquirido, sino que son unos derrochadores sempiternos. De los que imitan su desidia ó los esceden en negligencia, se dice que cometen *culpa lata*. Hay finalmente padres de familia frugales, parcos, no avaros, liberales; no disipadores. Los que no imitan su diligencia son reos de *culpa leve.*

§. DCCLXXXVIII.

Estas definiciones facilitan bastante la inteligencia de las siguientes reglas que se observan en el resarcimiento de daños causados por culpa. 1) Cuando para el uno es la ventaja y para el otro solo la molestia, aquel paga la culpa levísima, y

este la lata. En el depósito, por ejemplo, el deponente paga la culpa levísima, porque percibe toda la utilidad; y el depositario la lata, porque á él solo se le sigue molestia. 2) Cuando la utilidad de ambos contrayentes es igual, entonces se satisfacen recíprocamente la culpa leve; como se verifica en la compra y venta, locacion conduccion, sociedad y prenda. 3) El que voluntariamente se ofreció á un contrato en que se requiere muchísima diligencia, con razon debe pagar la culpa levísima en la agencia voluntaria (*in negotiorum gestione*). 4) El que espontáneamente ofreció á otro una cosa, no puede exigir sino la culpa lata, como sucede en el género de liberalidad que se llama *precario.*

§. DCCLXXXIX.

Baste lo dicho acerca de las obligaciones en general: si se ha estudiado con atencion, todos los capítulos que quedan hasta el fin del libro serán facilísimos de entender. No tratándose en la Instituta de los contratos inominados, hablaremos de los nominados; y como estos se dividan en reales, literales, verbales y comensuales, se esplicarán los primeros en el título inmediato.

TITULO XV.

De qué modos se contrae obligacion por la cosa.

§. DCCXC.

Habiendo ya considerado en general qué cosa sea obligacion, contrato y sus especies, pasamos

ahora á hablar de la primer especie de contratos nominados, es decir, de los *reales*, aunque tambien todas las obligaciones resultantes de contratos inominados, y aun de delitos, dimanen de una cosa. *L. 4. ff. de obl. act.* Pero llamamos contratos reales á aquellos que no reciben sustancia ni producen obligacion sino despues de la entrega de la cosa. Este punto le ilustra muy bien la *L. 8. ff. de verb. obl.*, en la cual se pone el caso de que si uno hubiese prometido dar dinero prestado, de esta promesa no nacia la condicion *ex mutuo*, por no haberse verificado aun la tradicion ó numeracion del dinero, sino la condicion *ex stipulatu.*

§. DCCXCI.

Entre estos contratos que dimanan de una cosa hay cuatro de la clase de los nominados: *mútuo*, *comodato*, *depósito* y *prenda.* Digo de la clase de los nominados, porque como ya he advertido, todos los nominados tienen tambien por fundamento una cosa; porque en efecto, no habria contrato si alguno dijese: daré para que dés ó hagas: haré para que hagas ó dés; sino si dijese: doy para que dés ó hagas, ó hago para que hagas ó dés. Luego es claro que se funda en una cosa.

§. DCCXCII.

El primero es el *mútuo*, que en las ff. se llama *res credita*, por lo cual hay un tit. *de rebus creditis*; no obstante que el mismo Ulpiano

advierte que todas los contratos pueden llamarse cosas entregadas, *L. 1. ff. de reb. cred.* El mútuo es fácil de definir, diciendo que es un contrato por el cual se da á alguno una cosa fungible, de modo que se haga suya, y haya de restituir dentro de cierto tiempo otro tanto en el mismo género. Decimos que este contrato versa sobre *cosas fungibles*, que es lo mismo que decir sobre cosas que constan, esto es, que se venden por peso, número ó medida; porque si la cosa que se entrega es no fungible, entonces no será mútuo sino comodato. Decimos que en este contrato *la cosa entregada se hace del que la recibe*, pues en esto se diferencia tambien el mútuo del comodato, en el cual solo se transfiere el uso; y del depósito, porque en este tampoco se transfiere mas que la custodia. Por último añadimos que el deudor ha de restituir *otro tanto* en el mismo género, porque de esta manera se distingue de los demas contratos reales, á saber; del comodato, depósito y prenda, en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

§. DCCXCIII.

Con esto ya podrán entenderse fácilmente los siguientes axiomas: 1) *no hay mútuo, á no ser que se entregue con breve mano dinero ú otra cosa fungible*; porque sin la tradicion no se puede concebir ningun contrato real; y decimos que la cosa debe entregarse á lo menos con breve mano, de lo cual hay un ejemplo en la *L. 10. ff. de verb. obl.*, de que uno depositó dinero, permitiendo al mismo tiempo que si se queria se usase de él,

y dice el jurisconsulto que se hacia mútuo al instante despues que se tocase al dinero. 2) *El mútuo es una enagenacion, y el dominio de la cosa fungible se transfiere al deudor.* Esta cuestion ha sido fuertemente controvertida entre Claudio Salmasio y los jurisconsultos de su tiempo, especialmente Regner Cipriano de Oesberg y J. Wisembac. Aquel decia que el mútuo no era enagenacion, porque el dinero respecto del deudor se hace deuda. Pero estos sostienen con razon que el dominio pasa enteramente al deudor, pues este recibe una facultad del todo libre de disponer de las cosas entregadas; tiene tambien el derecho de vindicar de cualquiera poseedor, y ademas si perece la cosa, perece para el deudor como dueño de ella. Sobre este punto hay leyes terminantes: *L. 16. L. 16. ff. de rebus cred. L. 41. ff. eod. L. 9. ff. pr. de aut. tut. et curat.*

§ DCCXCIV. DCCXCV.

De los dos axiomas arriba esplicados podemos ya sacar toda la doctrina del contrato de mútuo. 1) Si se pregunta quién puede dar en mútuo, diremos que cualquiera que puede enagenar; y por consiguiente no puede el pupilo, porque ni tiene facultad para dar dinero, ni para cobrarlo una vez dado. Ni aun era permitido dar en mútuo una cosa agena por no serlo tampoco enagenarla, *L. 11. ff. de reb. cred.* 2) Si se pregunta qué obligacion nace del mútuo, ello mismo está diciendo que pues el contrato es unilateral, solo el deudor está obligado á restituir en el mismo gé-

nero la cosa que recibió. Tambien 3) es fácil de resolver la cuestion de si se puede ser obligado á pagar mas de aquello que se dió. Se niega, porque la obligacion nace de una cosa; por lo cual el jurisconsulto Paulo en la *L. 17. pr. ff. de pactis*, dijo con elegancia: *re non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est*; y no obsta el que se vuelva menos de lo que se dió, porque cada uno puede dar lo que es suyo. 4) De lo mismo se infiere lo que debe observarse si muda el valor de la moneda. Entonces se ha de mirar al tiempo del contrato; y por consiguiente se deberá volver tanto como segun el último valor se ha recibido. Si, por ejemplo, se han dado cien florines de Misnia, que en el dia valen diez y ocho gruesos, por cada uno se pagarán al presente diez y ocho.

§. DCCXCVI.

Falta hablar de la accion que nace de este contrato; y por cuanto el mútuo es un contrato nominado, la accion tiene el mismo nombre y se llama accion *mutui* en la *L. 5 C. quibus non obl. long. temp. præscr.*, ó tambien condicion *certi ex mutuo*, como en las Pandectas. Se da al acreedor contra el deudor para recibir la cosa en el mismo género Se dará tambien para que se paguen usuras? Por Derecho romano no se da; porque ó se han prometido ó no. Si se han prometido no se piden por la condicion *ex mutuo*, sino *ex stipulatu*. Si no se han prometido, absolutamente no pueden pedirse, por ser el mútuo un contrato

strictis juris, por el cual no puede pedirse mas de lo que espresamente se ha prometido. Y aun cuando al contrato de mútuo se haya añadido el pacto de pagar usuras, tampoco obliga este, por la razon de que los pactos añadidos á contratos de buena fe producen accion, mas no asi los que se añaden á contratos *stricti juris*, *L. 7. ff. de pactis*. Pero en el dia nadie duda que se deben pagar las usuras, aunque no se hayan prometido, si hubo morosidad; porque la diferencia entre los contratos de buena fe y *strictis juris*, bien que muy útil en la teórica, en la práctica se atiende poco.

§. DCCXCVII. DCCXCVIII.

Sigue otro de los contratos que toman su esencia de la cosa, á saber; el *comodato*, que en la mayor parte de los idiomas se confunde con el mútuo. Estos contratos los distinguen cuidadosamente los romanos; entre los cuales el comodato es un contrato real *por el que se da gratis una cosa no fungible para que se use en términos que concluido el uso se haya de restituir la misma especie*. Se diferencia pues del mútuo, parte en que aqui la cosa es no fungible, y en el mútuo fungible; y parte en que el comodato transfiere el uso, y el mútuo el dominio; del *precario* se diferencia en que el comodato transfiere la cosa para un uso cierto, y el precario para uno incierto é indefinido, y por eso el precario es siempre revocable. Tambien se distingue fácilmente de la locacion conduccion, la cual ni toma

su esencia de una cosa sino de consentimiento, ni es gratuita. Con esta definicion pues no son dificiles de entender los siguientes axiomas: 1) *el comodatario recibe una cosa agena para un uso cierto y definido*, pues de otra manera seria precario. 2) *En este contrato no es igual la ventaja y desventaja de entrambos, sino que toda la ventaja versa á favor del comodatario.*

§. DCCXCIX.

Del primer axioma se derivan dos conclusiones que no deben olvidarse. 1) Que la cosa dada en comodato no se puede revocar antes de concluirse el uso; aunque esto ha de entenderse del derecho estricto, porque la equidad dicta ciertamente que si el mismo comodante necesita de su cosa sea preferido al comodatario. 2) Que aquel que de otra manera ó por mas tiempo del que quiere el comodante, usa de la cosa, comete hurto de uso. §. 6. 7. *Inst. de obl. quæ eis delict.* Sobre esto refieren Gelio, *Lib.* 7. *c.* 15. y Val. Max., *L.* 8. *c.* 2. el notable ejemplo de severidad, de que un amigo citado á juicio por haber llevado hasta un monte inmediato un caballo que habia recibido en comodato, fue sentenciado como ladron.

§. DCCC.

Finalmente, de la misma definicion §. 797: inferimos 3) que este contrato no admite recompensa ó merced, porque de esta manera al ins-

tante degeneraria en locacion conduccion si el uso se concediese por dinero, ó en el contrado *do ut des* si se concediese por otra cosa. No obstante, en atencion á que el honorario no es merced, por no acostumbrarse definir por estipulacion ó pacto, subsiste el comodato, aun cuando terminado el contrato se dé un honorario, segun se colige de la *L.* 6. *pr. ff. mand.*

§. DCCCI. DCCCII.

Del otro axioma se deduce 4) que el comodatario presta ó paga la culpa levísima, y el comodante no mas de la lata, §. 788. Sin embargar puede suceder de otra manera, porque si el comodato se hace con ventaja de ambos, v. gr. si doy en comodato dinero para hospedar á un amigo comun, los contrayentes solo se satisfarán de la culpa leve. Si este contrato se hace en favor del comodante, el comodatario sin embargo prestará la culpa lata; como sucederia, por ejemplo, si diese en comodato joyas á su esposa para que anduviese mas engalanada. El primer caso se halla en la *L.* 18. *pr. ff.*, y el último en la *L.* 5. §. 10 *ff. de commodato.* 5) El caso fortuito no le sufre el comodatario sino el comodante, asi por razon de que la cosa perece para su dueño, como porque el comodatario es deudor de la especie, y se libra en pereciendo esta. Esceptúase con todo el caso de que esto se verifique por culpa del comodatario, ó por su morosidad en restituir. Y aun tambien paga el comodatario los daños provenidos de caso fortuito si recibió tasada ó estimada la cosa.

§. DCCCIII. DCCCIV. DCCCV.

Falta tratar de las acciones que competen por este contrato. Como este es nominado, la accion será *commodati*, para que sea del mismo nombre. Y por cuanto el comodatario se obliga desde un principio, se sigue que al comodante compete la accion directa, y al comodatario la accion contraria; aquella para que se restituya y se pague la culpa, esta, como todas las acciones contrarias, para la indemnidad.

§. DCCCVI.

El tercer contrato real es el *depósito*, que *es un contrato de los que toman su esencia de una cosa, por el cual uno da á otro una cosa mueble para que la custodie gratis, debiendo este restituirla en especie al deponente siempre que este quiera.* Debe en primer lugar notarse que hablamos señaladamente de una cosa mueble; porque las inmuebles no las depositamos en poder de otro, como dicen vulgarmente, sino que las encomendamos ó encargamos á otro que tome á su cargo su custodia. Aqui pertenece la *L.* 86. *ff. de V. S.* donde se dice que en este contrato no se transfiere el dominio ni el uso, sino la custodia ó guarda de la cosa. Por lo cual, si se concede al depositario que consuma la cosa fungible que se ha depositado en favor suyo, debiendo restituir otro tanto en el mismo género, el depósito degenerará en mútuo.

§. DCCCVII.

Los exiomas que rigen en este contrato son facilísimos. 1) El depósito es un contrato gratuito; porque de otro modo pasaria á ser locacion conduccion, ó el contrato *do ut des.* 2) Por el depósito solo se transfiere la custodia; de otra manera seria ó mútuo ó comodato. 3) La ventaja por este contrato es solamente en favor del deponente porque es gratuito.

§. DCCCVIII. DCCCIX.

Del primer axioma se deducen las siguientes conclusiones: 1) que este contrato no admite merced, pero sí honorario. Entre la merced y el honorario hay dos diferencias, una que este no se determina por pacto, y otra que se suele dar por obras liberales, ninguna de cuyas dos cosas tiene lugar en la merced. 2) Que este coutrato no se entabla sino con amigos, por cuya razon el dolo del depositario lleva la nota de infamia. Efectivamente, quién confia sus cosas sino á uno en cuya virtud y amistad ha puesto su mayor confianza? Pues habrá cosa mas fea y vergonzosa que el que un amigo engañe á otro? Semejante amigo dice Ciceron *pro Roscio c.* 39., rompe la amistad, y hace traicion al que por fiarse de él fue perjudicado. En este punto eran tan escrupulosos los antiguos, que creian que hasta la intencion era castigada por los dioses, y que Glauco con toda su familia habia sido destruido por haber

pensado en negar un depósito, aunque despues le habia restituido. Encuéntrase esta historia en Herodoto, *L. VII.*, donde tambien vemos este oráculo de Apolo:

Glauce Epicydides, equidem expedit ad breve tempus,
Si Orco vicisse invertisseque nummos,
Dejera et evorcum, quoniam manet exitus idem.
Ast Orci natus, qui nomine, qui manibus, qui
Nullis est pedibus, rapide advenit, usque adeo dum
Convolvens omnem perdat prolemque domumque.

Por el contrario, respeto de los primeros cristianos no sin alabanza escribe Plinio, *L.* 10. *ep.* 97. *quod mane convenerint, et Christo Deo carmen..... dixerint, seque sacramento obstrinxerint, non in scelus aliquod, sed ne fidem fallerent, ne depositum adpellati abnegasent.* Ni debe por último pasarse en silencio la elegante observacion de Casauboni en sus *Lectiones ad Teocritum*, *p.* 85., *quod crediderint veteres eum dentes amittere qui depositum abnegasset.* No debe pues estrañarse que se considerase como digno de infamia al que renunciaba á la buena fe hasta el punto de negar un depósito.

§. DCCCX.

Del otro axioma en que se dice que solo se transfiere la custodia de la cosa, se infiere claramente 3) que se hace reo de hurto de uso el depositario que contra la voluntad del dueño usa

de la cosa depositada: 4) que sin embargo puede hacerse del depósito, ya espresa, ya tácitamente, un mútuo ó un comodato; espresamente, si se convienen en que el depositario pueda si quiere usar de la cosa; tácitamente, si se entrega una cosa fungible sin que vaya cerrada ni sellada, porque entonces es claro que el deponente debe contentarse con recibir otro tanto en el mismo género, en atencion á que las cosas fungibles por su naturaleza no suelen admitir precio de aficion.

§. DCCCXI.

Finalmente, del tercer axioma deducimos: 1) que por lo regular el deponente presta la culpa levísima, y el depositario la lata. Decimos por lo regular, porque no tiene duda que sucede de otra manera si el depositario se ofreciere espontáneamente, §. 788. 3., ó si el depósito se convirtiere en mútuo. En efecto, el mútuo es una enagenacion; el deudor se hace dueño, y el dueño debe tomar sobre sí el caso fortuito; por consiguiente lo mismo sucederia cuando del depósito se hace un mútuo. 2) Con razon tambien deberá prestar mayor culpa el depositario que es moroso en restituir, y aun puede entonces suceder que cargue sobre él el caso fortuito.

§. DCCCXII. DCCCXIII.

Vamos ahora despues de estas esplicaciones á indicar algunas divisiones del depósito. Uno es *simple* y otro *miserable*; aquel es el que hemos

esplicado arriba; este será cuando alguno por incendio, ruina, naufragio, y en fin por alguna calamidad urgente, pública ó privada, deposita alguna cosa. Efectivamente, siendo al doble mas vergonzoso añadir aflicion al afligido, por eso las leyes en este depósito conceden una accion al duplo, si en alguna manera aparece dolo en el depositario. Tambien es singular el género de depósito llamado *secuestro*, y se diferencia de los otros: 1) en que en los demas depósitos depositamos con nuestro consentimiento y voluntad, al paso que la secuestracion se hace contra esta última: 2) en que el depósito tiene lugar en todas las cosas muebles, y el secuestro tan solo en las litigiosas y tambien en las inmuebles, y aun á veces en los mismos hombres. Efectivamente, se debe notar el caso que en el *cap.* 14. *X. de sponsalibus* se halla, de que la desposada que contrajo dos esponsales, persistiendo el primer esposo y durante el pleito, debe ser secuestrada en un monasterio ó en casa de una matrona honesta para evitar que el segundo arme lazos á su pundonor: 3) Se diferencia tambien de los demas depósitos el secuestro en que aquellos son gratuitos, y el secuestro, por estar aneja á él la carga de la administracion, admite recompensa. Pero ya se deja conocer que por lo regular no hay lugar á este secuestro, pues de este modo sucederia que el reo no gozaria del beneficio de posesion, la cual le corresponde hasta que recaiga la sentencia judicial. Solo pues se debe admitir en tres casos ademas del que ya hemos visto por el *Cap.* 14. *X. de sponsal.*, á saber; (a) si amenaza peligro

de fuga y la cosa es mueble: (b) si hay miedo de armas, ó (c) de dilapidacion de bienes. Por esta razon aun en el derecho público se reputa por sumamente odioso el que un emperador secuestre las provincias de sucesion dudosa, como consta por el ejemplo de la sucesion del ducado de Juliers, cuya historia es bastante conocida.

§. DCCCXIV. — DCCCXVII.

No será pues ya dificil entender las acciones que nacen de estos negocios. La accion se llama *depositi* por ser de contrato nominado. La accion *directa* compete al deponente para recibir la cosa; la *contraria* para la indemnidad. Asi tambien la accion *secuestraria* que nace del secuestro, compete al vencedor contra el depositario del secuestro para que este dé cuentas y restituya la cosa; y la contraria al último contra el vencedor para la indemnidad. Pero la accion de depósito tiene de particular, que ni la escepcion de dominio, ni el derecho de retencion, ni la compensacion tienen lugar contra ella escepto en el único caso de que se hubiesen hecho gastos en la cosa depositada, pues entonces aun se puede retener hasta que estos gastos hayan sido satisfechos. Y esta es, segun los eruditos, la razon porque en el Digesto se trata antes del título de depósito la materia de compensaciones, por tener estas lugar en todos los contratos anteriores, mas no en el depósito.

§. DCCCXVIII. DCCCXIX.

Falta el último contrato real, á saber; la *prenda*. Esta palabra tiene tres significaciones en el Derecho, unas veces denota *la misma cosa dada en prenda*; otras *el contrato* por el cual se constituye la prenda, y otras *el derecho de la cosa empeñada* que tiene el acreedor despues de la tradicion Si se considera la prenda como derecho en la cosa, nacen de ella las acciones reales *serviana* y *cuasi serviana* ó *hipotecaria*, que se da contra cualquier poseedor para recibir la posesion de esta prenda, y en este sentido se toma la palabra prenda en la *L.* 20. *ff.* Pero si se mira como contrato, como se hace en el *Lib. XIII. ff.*, nace de él la accion pignoraticia que solamente el deudor y el acreedor tienen entre sí. Nosotros la tomamos aqui en este último sentido, y decimos que es *un contrato real por el que da el deudor al acreedor en seguridad del crédito una cosa con la obligacion de que pagada la deuda le restituya la cosa en especie.*

§. DCCCXX.

Esta definicion será ilustrada por los siguientes axiomas: 1) se pueden dar en prenda todas las cosas que prestan seguridad; y prestan seguridad todas las que tienen precio. De donde se infiere fácilmente que las cosas sagradas y otras que estan fuera del comercio no pueden empeñarse. 2) Por este contrato solo se transfiere la

posesion natural. 3) Este contrato se hace en utilidad de ambos; del acreedor, porque recibe una seguridad; y del deudor, porque mas fácilmente halla dinero.

§. DCCCXXI.

Del primer axioma deducimos que todas las cosas pueden empeñarse, asi las *incorporales* como las *corporales*, con tal qué esten en el comercio y no sean litigiosas. El empeño es una especie de enagenacion, y las cosas litigiosas no pueden enagenarse. De aqui se infiere fácilmente, por qué el marido no puede empeñar el fundo dotal, aunque consienta en ello su muger, por cuanto tampoco puede enagenar ni aun con consentimiento de esta, *pr. Inst. quibus alien. lic. vel non.* Podrá acaso parecer que tambien las cosas agenas pueden darse en prenda. Pero esto se debe entender si el dueño consiente, pues á no ser asi siempre tendrá derecho este para vindicar la cosa de cualquiera poseedor.

§. DCCCXXII.

Del segundo axioma inferimos: 1) que no puede usar de la prenda el acreedor, á no mediar el *pacto anticrético*, que es el pacto por el cual se concede al acreedor por via de usuras el uso de la prenda. Pero este pacto añadido es gravoso al acreeder, en atencion á que quedará obligado á dar cuentas y restituir los frutos que recibió escedentes de las usuras legírimas, para que de esta manera no se introduzca el desorden usurario.

Esta es la razon por qué algunos aconsejan que es mejor transferir el dominio al acreedor con pacto de retroventa. De este modo es verdad que se librará de la carga de dar cuentas, pero tendrá sobre sí otra mayor, porque será responsable del caso fortuito. Lo que sí se debe tener presente es que no de todos los frutos hay obligacion de dar cuenta, sino tan solo de los ciertos, cuya cantidad es la misma todos los años. 2) El mismo axioma nos enseña la diferencia que hay entre la prenda y la hipoteca. La prenda es un contrato, la hipoteca un pacto pretorio; aquella lleva consigo la tradicion; esta subsiste sin ella. Por lo demas, asi de la prenda como de la hipoteca nace derecho en la cosa.

§. DCCCXXIII.

Finalmente, del tercer axioma deducimos una conclusion facilísima, y es, que ambos contrayentes estan recíprocamente obligados á prestarse la culpa leve. Antiguamente pareció obstar á esto la *L.* 13. §. 1. *ff. de pign. act.*, en que dice Ulpiano: *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut et in commodato: venit et custodia: vis major non venit.* Pero á esta ley restituyó su genuino sentido el sabio Nood, mudándole una letra. En lugar de *ut* lee *at*, y entonces querrá decir: *Venit in hac actione et dolus et culpa: at in commodato venit et custodia: vis major non venit.* Solamente en el único caso de haber el acreedor ocupado por su propia autoridad, estará este obligado á prestar la culpa levísima, *L.* 30. *D. de pignorat. act.*

§. DCCCXXIV. – DCCCXXVI.

Resta hablar de las acciones que nacen de este contrato. Ambas se llaman *pignoraticias*, por ser este contrato de la clase de los nominados. La accion pignoraticia ó es directa ó contraria; aquella se da al deudor, mas no hasta haber pagado la deuda; esta se da al acreedor, mas no hasta despues de devuelta la prenda. Por aquella se pide la devolucion de la prenda y la satisfaccion de la culpa; y por esta lo mismo que por toda accion contraria, se pide la indemnidad.

TITULO XVI.

De las obligaciones verbales.

§. DCCCXXVII. DCCCXXVIII.

Habiendo ya tratado de los contratos reales siguen ahora los verbales, en los cuales para producir obligacion nada se requiere mas que solemnidades. Sabido es que por Derecho nuevo no hay mas que un contrato de esta clase, mas por el antiguo habia tres: estipulacion, diccion de dote, y la promesa jurada de obras ó servicios hecha al patrono. Despues hablaremos de la estipulacion; antes diremos que *diccion de dote* era la solemne declaracion del suegro en que manifestaba cuanta dote habia de dar, á la que se seguia la aceptacion del yerno. Esto se colige del pasage de Terencio en su *Andria act. V. scen. VI.*

v. 57., cuando habiendo dicho Cremes: la dote, Panfilio, asciende á diez talentos; y respondido Panfilio, la recibo, añade Escoliastes: *si no hubiera dicho la recibo, no habria dote. La donacion se confirma por la aceptacion, ni puede parecer dado aquello que no ha sido aceptado.* De donde se deduce la diferencia que hay entre la diccion de dote y la donacion y promesa, pues la dote se daba cuando se depositaba en poder de los augures, y se prometia por una verdadera estipulacion. V. nuestras *Ant. Rom. L.* 2. *tit.* 7. §. 4, La promesa jurada de obras consistia en no ser el siervo manumitido antes de prometer con juramento contribuir despues de la manumision al patrono con ciertos trabajos fabriles, atenciones y regalos. Prometian con juramento, porque entre el señor y el siervo no podia mediar estipulacion, y entonces el pretor no declaraba libre al siervo por vindicta, á no ser que de nuevo prometiese. Pero asi la diccion de la dote como la promesa de obras no estan ya en uso; por lo cual hablaremos solamente de la estipulacion.

§. DCCCXXIX.

La palabra estipulacion viene del verbo *stipulare*, es decir, confirmar, por ser un modo comun de dar valor á todas las obligaciones. Su definicion que se enseña en este §. ofrece poca dificultad. *Es un contrato verbal por el cual uno preguntando á otro que responde al caso, obliga á este á dar ó hacer alguna cosa.* De esta definicion se infiere que la esencia de este contrato

consiste en preguntar y responder. Del que pregunta se dice que *estipula*, y del que responde que *promete*; y de aqui las palabras *estipulante* y *promitente*, y el llamarse tambien *promesa* el mismo contrato.

§. DCCCXXX. DCCCXXXI.

Pasemos ahora á las divisiones. La estipulacion ó es *cierta* ó *incierta*, puesto que se dice que promete cosa cierta el que promete especie ó cantidad, y cosa incierta el que promete en tales términos que no aparece cuanto es lo que entra en la estipulacion, *L. 75. pr. ff. de verb. obl.*; lo cual sucede siempre que se ha prometido algun género ó hecho. Ademas, las estipulaciones ó se hacen *puramente*, ó *bajo condicion*, ó *hasta cierto dia*. Pero como ya se ha tratado de esto cuando hablamos de los legados, no hay para que repetirlo aqui.

§. DCCCXXXII. DCCCXXXIII.

Pasemos mas bien á los axiomas acerca de las estipulaciones, que vamos á esponer en estos dos parágrafos. 1) Cuando se ha añadido condicion posible, el dia no cae ni viene sino existiendo la condicion; cuando se ha prometido puramente, el dia cae y viene al instante. Este axioma es fácil en sí mismo. La condicion suspende el negocio, pero donde no existe condicion, el efecto de la condicion no puede suspenderse. No obstante, la última parte del axioma debe enten-

derse civilmente, de suerte que al promitente lo quede el espacio de tiempo necesario para proporcionar la cosa. 2) La condicion imposible vicia la estipulacion. La razon de este axioma la dimos al §. 549., y es, que del que consiente en semejante condicion se debe creer ó que está loco, ó que se chancea. 3) En la promesa desde cierto dia, el dia cae, pero no viene hasta que llega el dia. Y sin embargo, no por eso se deben usuras por razon de la morosidad á no haberse prometido especialmente, porque este es un contrato de derecho estricto. 4) Si se ha prometido hasta cierto dia, por ejemplo, hasta diez años, la obligacion es perpetua por derecho estricto, pero no obstante se destruye con la escepcion de dolo malo; y la razon es, porque en los contratos de derecho estricto los pactos añadidos no entran en la naturaleza del contrato, sino que tan solo producen escepcion. 5) El dia incierto que no sabemos si llegará, se tiene por condicion; porque la cosa se suspende lo mismo por un suceso incierto que si fuese prometida bajo condicion. Qué importa en efecto que yo diga en estos términos: te daré ciento el dia que fueres cónsul; ó en estos otros: te daré ciento si llegas á ser cónsul? 6) En los contratos la condicion existente se retrotrae al principio, lo cual sucede al contrario en los legados, por ejemplo, si uno prometiere ciento á un hijo de familia para cuando se casare, estos ciento en cuanto al usufructo se adquirian para el padre, aun cuando el hijo al casarse haya sido emancipado. 7) En la estipulacion se requiere una respuesta que guar-

de proporcion y correspondencia con la pregunta. Por lo mismo no vale si se respondió una cosa distinta de la pregunta, ó si en la respuesta se añadió algo que no estaba contenido en la pregunta. 8) La condicion negativa suspende lo prometido hasta la muerte. V. gr. si uno ha estipulado para sí mil en el caso de que no mude de religion, nada recibirá en tanto que viviere, porque hasta la muerte no consta que no la mudará. §. 4. *Inst. h. t.* En los legados sucedia al reves á causa de la caucion Muciana, que se exigia del heredero ó legatario; pero esta caucion solo pertenece á las últimas voluntades. 9) La esperanza fundada en la estipulacion pasa tambien á los herederos. De aqui es, que habiéndoseme prometido para el caso de que una nave volviere de la India, muerto yo antes que exista esta condicion, en existiendo pueden pedir mis herederos. Y por qué en los legados sucede lo contario? Porque antes de la muerte del testador no tiene el legatario derecho adquirido que pueda trasmitirse á sus herederos, pero el estipulante tiene por el consentimiento este derecho. Y asi es de poca fuerza la razon que en contra dan algunos fundándose que el afecto para con el heredero no es menor que el afecto para con el estipulante. 10) Nadie puede obligar á otro con su promesa, ó estipular para otro, §. 15. *Inst. de inutil. stipul.* La razon es el haberse inventado la estipulacion para confirmar las obligaciones, §. 829.; y ninguna estipulacion ni obligacion pasa de la persona, ni produce obligacion ni accion respecto de un tercero, §. 768.

§. DCCCXXXIV. DCCCXXXV.

Pregúntase ya cuál es la accion de este contrato? Respondo. Siendo este contrato de la clase de los nominados, la accion que produce deberá llamarse *ex stipulatu*. Por entenderse mal el *princ. Inst. h. t.*, se dice comunmente que si se trata de una cosa cierta, la accion se llama *condictio certi*, y si de una cosa incierta, *condictio ex stipulatu*. Pero cualquiera conoce que la accion que se entabla viene á ser *ex stipulatu*, ya sea que se trate de una cosa cierta, ya de una incierta, y que estas añadiduras solo tienen por objeto el fijar la diferencia. Por consiguiente, quien deduce esta accion es el estipulante ó su heredero contra el promitente ó el heredero de este para que presten la cosa ó el hecho, pero no las usuras, en atencion á que estas, segun dejamos dicho, no se deben por contrato de derecho estricto, á no ser que se hayan prometido especialmente.

§. DCCCXXXVI. DCCCXXXVII.

Como esta accion se da tambien para prestar un hecho, se suscita aqui la cuestion de si es cierto lo que se dice vulgarmente, que el promisor de un hecho no puede ser obligado á prestarlo, y que queda libre satisfaciendo lo que importe. Tal es la opinion del vulgo de los jurisconsultos; pero son del parecer contrario algunos pocos, pero buenos, á saber; Cujacio. Corasio, Huber y Tomasio que publicó una diser-

tacion particular sobre este punto. Comunmente se fundan en la *L. 72. de V. O. L. 73. §. fin de re jud. L. 72. §. 2. de cond. et demonstr.* y en la *L. 2. ff. de lib. hom. exhibend.* Pero el que consultare estos textos, al instante echará de ver que en ellos no se concede al promitente la facultad de librarse de la obligacion prestando el importe, sino que se da al estipulante el arbitrio de obligar á que se preste el hecho, ó pedir lo que importe este hecho. Objetan ademas, que Justiniano en el §. *ult. Inst. h. t.* recomienda al estipulador de un hecho el que al mismo tiempo estipule una pena convencional. Pero esto no se funda en que nadie puede ser obligado al hecho, sino en que las mas veces es incierta la estimacion de este hecho, y la prueba por consiguiente dificil si se quiere pedir el importe.

§. DCCCXXXVIII.....

TITULO XVII.

De lo que sucede cuando hay dos reos de estipular y prometer.

§. DCCCXXXIX.

La doctrina que ahora sigue es mas sutil, y sin embargo muy usada en el foro. Tratamos de la obligacion de los *correos*: la cual se entenderá fácilmente si consideramos primero la regla y en seguida las escepciones.

I.) La regla es esta: *cuando dos ó mas se obli-*

gan, *cada uno de ellos se obliga prorata*; y *si se promete á dos ó mas*, *á cada uno se debe á prorata.* De aqui es, por ejemplo, que si yo y mi hermano prometemos ciento, cada uno debemos cincuenta; y si á mi hermano y á mí se nos ha prometido ciento, tambien se nos debe á cada uno cincuenta. Pues la obligacion entre muchos promitentes y estipulantes se divide entre ellos *ipso jure*. En esto consiste la regla.

§. DCCCXL, DCCCXLI.

Pero esta regla tiene II.) una escepcion, á saber, si la obligacion es correal, porque entonces cada uno de ellos debe el todo, y á cada uno se le debe el todo. Si pues preguntamos quiénes son *reos ó correos*, se responderá: todos los que prometen *in solidum*, ó estipulan *in solidum* de otro para sí. Si prometen *in solidum* se llaman *reos de prometer*. Por ejemplo: nosotros, Ticio y Seyo, prometemos los dos por el uno, y el uno por los dos, y por tanto cada uno *in solidum*, que pagaremos ciento. Si dos estipulan para sí la misma cosa *in solidum* se llaman *reos de estipular*. Por ejemplo: prometo á Ticio y Seyo, á los dos como al uno, y al uno como á los dos, y por tanto á cada uno de ellos *in solidum*, que yo daré ciento. Suele preguntarse por qué se llama aqui reo á uno y otro, siendo asi que nada se pide al estipulante, sino al promitente? Mas respondo, que aqui no se llama reo aquel á quien se pide, sino la persona contrayente; y el estipulante y promitente contraen. El orígen del vocablo viene de la palabra *re*, como observó Festo en la voz *reus*, y de

aqui se infiere por qué los contrayentes se llaman reos, y es porque consintieron en prestar y entregar la misma cosa.

§. DCCCXLII. — DCCCXLIV.

Hemos visto cuáles son los reos; ahora se ha de examinar cómo contraen la obligacion. Como por Derecho romano no producian obligacion los pactos nudos, de ningun modo podian obligarse los reos sino por la estipulacion. Por tanto, eran reos de prometer los que respondian congruentemente á la misma pregunta, y dos reos de estipular los que hacian la misma pregunta. En Plauto, *Trin. Act. V. Esc. 2. v. 39.* tenemos un ejemplo oportuno del primer caso. Un jóven estipula para sí la esposa y dote, y pregunta: prometes darme tu hija por muger con esta condicion? Y responden dos; primero Calicles: prometo; y despues Charmidas dice: tambien yo prometo lo mismo. Luego Calicles y Charmidas eran reos de prometer. Ahora supongamos que el esposo pregunta al suegro: prometes la dote de mil aureos? y que este responde: prometo; y que luego el padre del esposo pregunta tambien: me darás estos mil aureos? y que responde este: los daré. Entonces el padre y el hijo son dos reos de estipular.

§. DCCCXLV. DCCCXLVI.

Esto acerca de las definiciones de los reos, y tde los modos de introducir su obligacion. Ahora oca ver sus efectos. El 1) de ellos es que cada

uno de ellos se obligue *in solidum*, esto es, que no sea necesario que yo demande á uno y otro, sino que tengo el arbitrio de intentar accion contra cualquiera de ellos, y pedirle toda la suma. 2) Que pagando el uno se libre el otro, pues aunque ambos deben *in solidum*, sin embargo, no se debe á uno dos veces el todo, y por tanto, consiguiendo una vez lo que se debe no queda ya mas derecho. 3) Que no gozan los reos del beneficio de division. Se ha de tener bien presente esta proposicion, porque vulgarmente disienten los jurisconsultos. y entre ellos Ludovico en su *Doctrina de las Pandectas*, *h. t.* En su apoyo traen violentamente el texto de la *Nov. XCIX. C.* 1., donde se dice que tambien los reos tienen el beneficio de division. Pero si le examinamos, alli se trata del caso en que los reos salieron al mismo tiempo fiadores unos por otros. Entonces tienen este beneficio como fiadores, y no como reos; pues la obligacion correal se introdujo con el fin de que no se dividiese la obligacion entre los promitentes. Asi esplicó esto, despues de Cujacio y otros, Hubero en sus *Prælect. Inst. ad h. t.* 4.) Que cada uno de los reos de estipular puede exigir el todo. Luego si á mí y á mi hermano nos deben ciento *in solidum*, y yo pido toda esta suma, no puede el otro poner la escepcion de que no me debe tanto, puesto que me es deudor *in solidum.* 5) Que entre los reos de estipular hay, el derecho de prevencion, de manera que si uno lo exige primero no puede repetirlo luego el otro, porque el prominente lo debe solo una vez.

§. DCCCXLVII.

Podria alguno preguntar, si uno de los reos ha conseguido el todo, qué accion tiene entonces el otro para lograr su parte? Se responde que se ha de distinguir, si estos reos de estipular son *ó no* socios. En el primer caso interponen entre sí la accion *pro socio*, porque esta compete para comunicar el daño y el lucro. En el último caso no tienen ninguna accion. No tiene la de *mandato*, porque aquel á quien se le debe el todo no obra por otro, sino por sí mismo. *No tiene la de agencia de negocios*, porque no maneja negocios de otro, sino los suyos. Ni últimamente tiene la *accion de lo estipulado*, porque aquella estipulacion no se verifica entre los reos, sino entre estos y el deudor. De lo que se deduce que por Derecho romano no les resta ninguna accion; sin embargo de que les quedaba el amparo del oficio del juez para que uno no se enriqueciese con perjuicio de otro. Y asi se decidió esto espresemente en la *L. 62. pr. ff. ad L. Falcid.*

TITULO XVIII.

De las estipulaciones de los siervos.

§. DCCCXLVIII. DCCCXLIX.

Nada ocurre aqui que no debamos saber por lo dicho en el título *por medio de qué personas adquirimos.* Alli sentamos el principio de que se

adquiere por medio de nuestras cosas. Estando pues tambien los siervos en la clase de cosas nuestras, es consiguiente que tampoco por la estipulacion adquieren nada para sí, sino todo para el señor. Y de este fundamento nacen ahora las siguientes conclusiones. 1) Estipulando el siervo adquiere para su señor, ya estipule para sí, ó para aquel, ó impersonalmente, ó con algun siervo. Impersonalmente se estipula si dice: se darán ciento? Siempre es para el dueño el lucro de lo que se ha prometido asi, porque el siervo no puede tener nada propio. 2) Estipulando un siervo comun, adquiere para todos los dueños á prorata del dominio; y por tanto, si uno tiene el sestante del dominio y otro el deunce, con la misma proporcion se dividirá tambien entre ellos la suma prometida. Sin embargo, se esceptua el caso en que el siervo estipule para uno de los dueños especialmente y por su mandado. 3) El siervo hereditario adquiere para la herencia. Pues aunque la herencia yacente no tiene dueño, se finge no obstante que ella representa la persona del difunto, y por tanto tambien se adquiere para ella por medio de los siervos.

§. DCCCL.

Esta es la regla: sigue la escepcion que es única; es decir, si el siervo ha estipulado para sí un hecho. Pues entonces no se debe al dueño, sino al siervo, §. 2. *Inst. h. t.* Y por tanto, si alguno promete que quitará siempre la barba al siervo, no por eso puede exigir el dueño que se

le afeite á él. La razon es porque aqui se trata de las ganancias, esto es, del lucro que viene al dueño por el siervo; y el que estipula que se haga alguna cosa no percibe ganancia, sino comodidad. Luego no puede resultar esto en beneficio del dueño.

§. DCCCLI....

TITULO XIX.

De la division de las estipulaciones.

§. DCCCLII. DCCCLIII.

Arriba vimos varias divisiones de las estipuciones, §. 850. y sig.; pero resta ahora una que se examina particularmente en este título. Unas estipulaciones pues son *pretorias*, que sigue el pretor de oficio; otras *judiciales*, que provienen del oficio del juez pedáneo; otras *comunes*, que puede exigir bien el pretor, bien el juez pedáneo; otras últimamente *convencionales*, que intervienen entre los particulares á su arbitrio. De las convencionales pueden ser innumerables las especies. Pues como arriba digimos, no se verificaba ningun negocio ni de compra, ni de locacion, ni de dote, ni otro alguno á que no se acostumbrase agregar la estipulacion como el principal fundamento de las demas obligaciones. Lo que demostró con mil ejemplos Brisson de *formulis Rom.* Las tres primeras toman un nombre singular, y se llaman *cauciones*, de que se tratará ahora de propósito.

§. DCCCLIV.

La primera caucion pretoria es la del *daño no hecho.* Se dice daño no hecho porque aun no se ha causado. En este sentido tiene lugar esta caucion si el edificio del vecino amenaza ruina, y por tanto es de temer que me sobrevenga daño. Entonces á la verdad no tengo aun accion, porque no me ha resultado daño; sin embargo, puedo exigir la caucion de que si dentro de cierto tiempo se sigue ruina, me resarcirá todo el daño. Se ha de observar pues aqui: 1) que siempre se ha de señalar cierto tiempo, por ejemplo diez años, para que no se mande asegurar hasta el infinito, y se grave á otro sin razon. No obstante, si pasado el tiempo pareciese que aun amenaza peligro, se repetirá la estipulacion. 2) Si el otro no quiere afianzar, se puede hacer inmision en su casa en virtud de un primer decreto, como el otro no afiance dentro de cierto tiempo. 3) Si tambien se escusa entonces, hay lugar á la inmision ó introducion en virtud de segundo decreto, de suerte que venda la casa y se entregue el precio al dueño.

§. DCCCLV.

Ahora sigue la caucion *por conservar legados,* que es necesaria siempre que el testador deja á alguno legados ó fideicomisos para cierto dia ó bajo de condicion. Pues no viniendo todavía el dia ni en uno ni en otro caso, y no debiéndose siquiera en el primero, fácilmente podria suceder

que el heredero consumiese entretanto los bienes, ó discurriese otros medios para no prestar el legado. Por tanto, para que el legatario y fideicomisario esten seguros respecto del legado y fideicomiso que se les debe, pueden exigir del heredero caucion de que prestará los legados ó fideicomisos cuando venga el dia, y el pretor mandaba prestar esta caucion. Por lo que esta caucion por conservar legados es pretoria, *L.* 114. §. 12. *ff. de legat.* 1., y todo el *tit. ff. ut leg. nom. cau.*

§. DCCCLVI.

Estas eran las estipulaciones pretorias: siguen las judiciales que antiguamente mandaba prestar el juez pedáneo, y no el pretor ni otro magistrado. Tal es la caucion de *dolo malo*, que hace falta cuando se litiga sobre la restitucion de alguna cosa, por ejemplo: entablada la vindicacion de la cosa, ó la condicion furtiva. Pues entonces, si durante el juicio aparece que el poseedor usa mal de la cosa, deteriorándola de tal modo que parezca no la podrá restituir íntegra, sino como en esqueleto, el juez pedáneo, pidiéndolo el actor, manda afianzar que el poseedor entregará la cosa sin dolo ni detrimento si se le condena en la sentencia, *L.* 20. *L.* 54. *ff. de rei vind. L.* 15. *ff. de pig. act.*

§. DCCCLVII.

Del mismo género es la caucion de *perseguir al siervo que se ha fugado*; la cual tiene tres usos. Pues 1) si uno quita por fuerza á otro un

hombre, y mandando el juez que lo restituya, dice que se fugó, no solo se le condena á prestar su valor, sino que tambien tiene que afianzar que perseguirá diligentemente al siervo que huyó, *L.* 14. §. 10. *ff. quod met. caussa.* 2) Si uno niega al legatario el siervo que se le habia legado diciendo que se ha fugado. Pues entonces manda el juez al heredero que persiga al siervo á sus espensas, y que afiance que asi lo hará, *L.* 39. *L.* 69. §. *ult. ff. de leg.* 1. 3) Si el marido recibe de la muger un siervo dotal, y al restituirle, disuelto el matrimonio, dice que se ha fugado. Pues entonces debe afianzar el marido que le perseguirá á fe de buen varon, y le entregará, *L.* 25. §. 3. *ff. solut. matr.*

§. DCCCLVIII.

Ultimamente, es judicial la caucion *de restituir el precio*, la cual se ha de interponer siempre que no puede entregarse la misma cosa, y no se presenta en el momento la estimacion ó precio, *L.* 25. §. 10. *ff. fam. ercisc.* Tambien hay otras, como de adquirir la cosa ausente y presentarla, *L.* 18. *ff. ad exhib.*; de prestar la indemnizacion, *L.* 19. *L.* 58. *ff. de rei vind.*; de verificar el pago en cierto lugar y tiempo, *L.* 4. §. 1. *ff. de eo quod certo loco.*

§. DCCCLIX.

Digimos que eran *comunes* las estipulaciones que se mandaban interponer igualmente por el pretor que por el juez, y de estas se infieren *dos*

en este §. I. La *caucion de que se conservarán salvas las cosas del pupilo*; la cual prestan los tutores legítimos y los dados por los magistrados menores, no los testamentarios, cuya confianza probó el testador, ni los dados por los magistrados mayores, porque la pesquisa de estos tenia el valor de caucion. De cuyo asunto se ha tratado arriba en el §. 279. Mas se pregunta ahora: cuándo exige esta caucion el pretor, y cuándo el juez? El pretor la exige siempre que se constituye el tutor al principio, aunque no se suscite pleito sobre ello. Mas el juez pedáneo manda afianzar, si por ejemplo el tutor reconviene al pupilo por la accion contraria *de tutela*, y el pupilo le pone la objecion de que nunca afianzó que le quedarian salvas sus cosas. Entonces todavía se le mandará afianzar, *L.* 13. *pr. ff. de tut. dat.* II. La caucion *de rato* la presta el procurador, pero no todos; por lo cual se ha de notar esta distincion. O manifiestamente no tiene el procurador ningun mandato, ni verdadero ni presunto; en cuyo caso es claro que no es admitido aunque quiera prestar caucion, porque es un falso procurador, *Tit. ff. de eo quid fals. tut. auct.* O el procurador tiene verdadero mandato; en cuyo caso tambien es claro que no necesita caucion. O tiene mandato verdadero, pero defectuoso, ó solamente presunto. Por ejemplo: si el marido obra en juicio por la muger, ó el hijo por el padre, entonces se admite la caucion de que *el dueño dará la cosa por válida*, *Tit. ff. rem rat. hab.* Si esta caucion se exige antes de la contestacion del pleito será pretoria; si despues

de contestado será judicial, y por tanto con razon se cuenta entre las comunes.

§. DCCCLX. DCCCLXI.

Ultimamente, siguen las cauciones ó estipulaciones *convencionales*, cuyas especies advertimos que eran casi innumerables. Pues la estipulacion era el fundamento comun de todos los negocios, y de aqui es que ni por acaso se celebraba ningun contrato sin que mediase estipulacion. Por esto se afirmaban las compras con las estipulaciones, *L. 7. §. ult. ff. de contr. emt.* Plauto, *Epid. act. III. scen. IV.* A nadie son desconocidas las estipulaciones edilicias que se agregaban á todas las compras de las cosas. Por ejemplo: que la cosa está sana; que el caballo come y bebe como es conveniente, *L. 15. §. 4. ff. de act. emt.*; que el siervo está sano, que no es ladron, loco, fugado, dado en pago con perjuicio de otro &c. Del mismo modo accedian las estipulaciones á las locaciones, *L. 58. §. 1. locat. ff.* al mútuo; de las usuras ó del modo de prestar la pena convencional, *L. 3. C. de usur. L. 15. ff. de novat.*; últimamente, acompañaban las estipulaciones á los esponsales, á las obligaciones literales, á las novaciones y á las aceptilaciones, como se ha advertido en otros lugares. Enseñó esto de propósito, y claramente mostró á los jurisconsultos ejemplos buscados de todas partes con esquisita diligencia y trabajo casi admirable el eruditísimo Brissonio en la mayor parte del *Lib. 6. de form.*

TITULO XX.

De las estipulaciones inútiles.

§. DCCCLXII.

Llámanse estipulaciones inútiles las que no tienen efecto, asi como en el mismo sentido se llamaban tambien inútiles los legados y fideicomisos. Y esto sucede por tres causas. 1) Por las personas de los contrayentes si no pueden obligarse prometiendo, §. 863. 866. 2) Por las cosas que entran en la estipulacion, como si no estan en comercio, ó á nuestra disposicion y arbitrio, §. 867. 868. 3) Por no guardar la forma de la estipulacion, §. 869. 871.

§. DCCCLXIII. DCCCLXIV.

Por la calidad de las personas no pueden menos de ser inútiles algunas estipulaciones. Pues 1) *los que no pueden consentir, tampoco pueden estipular ni prometer*. Porque, cómo se ha de concebir contrato sin consentimiento? Y de aqui se deduce (a) que ni los niños, ni los furiosos, ni los mentecatos, ni sordo-mudos pueden estipular ni prometer. Pues sin consentimiento no puede concebirse ni estipulacion ni promesa. (b) Que los pupilos mayores de la infancia pueden ciertamente estipular sin autoridad del tutor, pero no prometer. Pues cuando prometen se obligan, y por tanto hacen peor su condicion. Al contrario, cuando estipulan hacen mejor su

condicion, §. 251., pues que otro se obliga á ellos. Aqui ocurre esta importante cuestion: se obligan *el pupilo y el menor* á lo menos naturalmente? La mayor parte afirman que el pupilo y el menor solo se obligan naturalmente, y que uno y otro son incapaces de obligacion civil. Empero aun cuando esto sea muy cierto respecto del pupilo, sin embargo, los menores tambien se obligan verdadera y civilmente, como hizo ver de propósito Zach. Hubero en su *Diss. phil. jurid. B. diss. de oblig. pub.*; y á la verdad, (a) cuando en la *L.* 101. *ff. de V. O.* se dice *que los púberes pueden obligarse por medio de la estipulacion sin el consentimiento de los curadores*, quién negará que en este lugar no se entiende la obligacion natural, sino la civil? Verdad es que de la estipulacion no nace obligacion natural, sino civil. (b) Ni se infiere otra cosa de la *L.* 43. *de O. y A. L.* 9. §. 4. *ff. de jure jur.*, donde dice el jurisconsulto que pueden los menores prestar juramento; lo cual no puede hacer sino el que tiene libre facultad de disponer y obligarse. (c) Se manifiesta esto de que los menores tienen restitucion *in integrum*. Porque qué necesidad tenian de restitucion, si no estaban obligados civilmente y con efecto? 2) El otro axioma que aqui notamos es, que toda estipulacion requiere dos personas, una estipulante y otra promitente. Pues la estipulacion es un contrato, y contrato es el consentimiento de dos ó mas sobre una misma cosa. De esto se deduce claramente (a) que no existe estipulacion entre el padre y el hijo, porque jurídicamente son una persona, y no dos, §. 139, 6.; (b)

ni entre el dueño y el siervo que tambien estan ligados por el vínculo de potestad. Y ciertamente, no siendo el siervo por Derecho romano persona, es evidente que mucho menos negociando el dueño y el siervo pueden considerarse como dos personas. (c) Ultimamente, es digno de observarse que dos hermanos constituidos en la potestad del mismo padre, tampoco pueden estipular entre sí; como espresamente se ve por la *L.* 38 *ff. de condict. indebit.* Pues aunque sean dos personas, sin embargo, como los hijos de familia no tienen nada propio, sino que por derecho antiguo todo era del padre, el estipular el hermano con el hermano es igual que si el padre estipulase consigo mismo. Pues lo que el hermano promete dar es del padre, y lo que adquiere el otro hermano estipulando lo adquiere para el padre.

§. DCCCLXV. DCCCLXVI.

El tercer axioma es: *ninguno puede estipular para otro mas que para sí mismo.* La razon de este axioma se da en el §. 19. *Inst. h. t.*, *diciéndose que se han inventado las estipulaciones ú obligaciones para que cada uno adquiera para sí lo que le convenga. Por lo demas, si se da á otro, nada importa al estipulador.* Pero no hace falta que hagamos mas digresiones. Basta decir que esto se deriva de la misma naturaleza de la obligacion. Pues esta es un vínculo del Derecho, por el cual somos estrechados á pagar alguna cosa, §. 768. Y de esta definicion se sigue inmediatamente que la obligacion no sale de la persona.

Si no sale de la persona, ninguno puede pedir lo estipulado sino aquel que estipuló; y por tanto ninguno puede estipular sino para sí mismo, que es lo que se queria demostrar. Ahora fácilmente se entenderán los siguientes axiomas a) El padre no puede estipular para el hijo á no ser heredero, *L.* 17. §. 4. *L.* 33. *ff. de pactis.* Pues aunque semejante estipulacion sea útil al padre estipulante, no lo es sin embargo al hijo, porque este no adquiere nada viviendo el padre. Mas aprovecha al hijo heredero, porque entonces este sucede en todos los derechos del difunto. b) Si alguno ha estipulado copulativamente para sí y para Ticio, solo vale la estipulacion respecto de la parte del estipulante. Pues el otro no adquiere ningun derecho por la estipulacion de un tercero, §. 4. *Inst. h. t.* c) Si alguno estipula para sí ó para Ticio disyuntivamente, vale la estipulacion, de manera que el promitente se obliga solo al estipulante, estando sin embargo en arbitrio de aquel pagar á este ó á Ticio. Esto proviene de la regla de interpretacion, segun la cual *las palabras se han de interpretar de modo que tengan efecto.* Y puede semejante estipulacion tener efecto si suponemos que el estipulante estipula para sí, pero que transfiere el pago á Ticio. d) Bien puede el tutor estipular con el cotutor que administra la tutela que quedarán salvas las cosas del pupilo. Pues no tanto estipula para el pupilo, como para sí; porque si el cotutor administra mal los bienes, no solo es el peligro para él, sino que tambien pertenece al cotutor. Y cuando á nosotros nos resulta interes

tambien podemos estipular para otro, §. 19. *Inst. h. t.*

§. DCCCLXVII. DCCCLXVIII.

Hacen inútil la estipulacion las cosas que entran en ella: 1) ó porque no estan en comercio, por ejempo, si uno promete un templo: 2) ó porque manifiestamente no existen ni pueden existir, por ejemplo, si uno promete un fauno, un sátiro, un centáuro. Mas las cosas que pueden existir, aunque verdaderamente no existan, pueden prometerse útilmente, por ejemplo: la vendimia del año que viene, *L.* 73. *ff. de v. o.* Se ha de observar de paso que en las *Inst.* §. 1. *h. t.*, se leen las siguientes palabras: *Si quis rem quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit.* Pero *aut* se toma allí por *et* como otras muchas veces, *L.* 53. *ff. de V. S.*, y asi se traducirá: *si alguno estipulase que daria una cosa que no existe ni puede existir &c.* Tambien estipulamos inútilmente: 3) cuando ya son nuestras las cosas que se nos prometen. Cómo puede dársenos ni hacerse nuestro lo que ya nos pertenece? 4) Porque las cosas sean torpes ó imposibles. A la verdad, las cosas torpes tambien son imposibles moralmente; como muy bien y elegantemente observa Papiniano, *L.* 15. *ff. de cond. instit.*, y no hay ninguna obligacion á las cosas imposibles; 5) porque se prometa un hecho ageno, pues nadie puede prestarle. Sin embargo, se ha de distinguir si uno prometiese un hecho meramente ageno, ó que él lograria que otro lo hiciese, ó últimamente, si se obligase á la indemnizacion.

En el primer caso la promesa es inútil. En el segundo es útil, pero el promitente se libra si prueba que por su parte hizo lo que pudo, porque ninguno está obligado á cosas imposibles, *L.* 185. *ff. de R. J.* En el último caso está obligado indistintamente, aunque pruebe que no dejó piedra por mover, pues se obligó á sí mismo, y no á otro.

§. DCCCLXIX. — DCCCLXXI.

En tercer lugar tambien respecto de la forma se halla vicio en la estipulacion; lo cual la hace inútil. La forma de la estipulacion consiste: 1) en el consentimiento de los contrayentes: 2) en la conformidad entre la respuesta y la pregunta: 3) en las palabras proferidas vocalmente estando uno y otro presente. Si faltase alguna de estas tres cosas no existe estipulacion. Colegimos pues del *primer* requisito que todas las estipulaciones son inútiles: 1) cuando el promitente y el estipulante no convinieron en lo mismo; lo que sucede por error en la cosa ó en la persona. Pues si solo es accidental el error es inútil la estipulacion. 2) Cuando estipula ó promete uno bajo de condicion imposible. Pues entonces consienten á la verdad los contrayentes, pero al mismo tiempo muestran ó que se burlan, ó que no estan en su juicio. Y en uno y otro caso no pueden contraer. De aqui se deduce ahora fácilmente, por qué la condicion imposible vicia el contrato, §. 11. *Inst. h. t. L.* 31. *ff. de obl. et act.*, teniéndose por no escrita en los testamentos. Pero ya se satisfizo á esto cuando se trató de los legados, §. 832. 3.

Del *segundo* requisito se infiere que no puede resultar obligacion si uno responde otra cosa distinta de lo que se le ha preguntado, de suerte que entonces no vale la estipulacion ni aun en la suma en que se convino, como si se prometiese menos de la cantidad que se pedia. Pues aunque la parte se contenga en el todo, *L.* 113. *ff. de R. J.*, sin embargo, existe un texto espreso en el §. 5. *Inst. h. t.*, que se ha de notar contra los que disienten de esta opinion; pero si se piden dos cosas diversas, y se promete una, el promitente estará obligado respecto de esta, §. 17. *Inst. h. t.* Ultimamente, inferimos del tercer axioma *que no puede intervenir ninguna estipulacion entre los ausentes.* Por tanto, en vano estipulaba uno por cartas, por un comisionado ó procurador. Pues la estipulacion es un contrato verbal, el cual es de tal naturaleza que se han de proferir de viva voz las palabras solemnes. Sin embargo, si existe escritura ó instrumento en que se dice que hubo estipulacion, se tiene por verdadero hasta que se pruebe lo contrario. Y de aqui la regla de los doctores de que á favor *de la escritura existe la presuncion de la verdad y solemnidad*, cuyo fundamento está en el §. 17. y 21. *Inst. h. t.* Por lo demas esta regla presta grande utilidad no solo en las estipulaciones, sino tambien en los testamentos y en en todos los demas instrumentos, y por esto la esplican estensamente Mascardo, Menoquio, Fulvio Paciano, y otros que escribieron de las presunciones.

TITULO XXI.

De los fiadores.

§. DCCCLXXII. _ DCCCLXXIV.

Trátase aqui de los fiadores, porque la fianza es una especie de estipulacion que no se contraia de otro modo que por una pregunta y correspondiente respuesta: afianzas? afianzaré: prometes salir fiador? prometo: prestas caucion? presto: mandas? mando. De donde viene que los fiadores se llamaban tambien *fideipromisores*, *adpromissores*, y si la fianza se hacia antes que se contrajese la deuda principal se denominaban *mandatores*. En cuanto á lo demas se pregunta: 1) qué es fianza, y cuál es su naturaleza, §. 873. sig.: 2) quiénes pueden ó no salir fiadores, §. 875. y sig.: 3) á qué obligaciones puede aplicarse la fianza, §. 877. sig.: 4) qué efecto tenga aquella, §. 879.: 5) qué beneficios competen á los fiadores, §. 880. 886. En cuanto á lo primero, sabremos la naturaleza de la fianza parte por la definicion, y parte por los axiomas que se derivan de ella. Fiador es *el que consiente en una obligacion agena por medio de la estipulacion sin causar novedad en aquella.* Y nada se pone en vano en esta definicion. Decimos que el fiador *consiente* en una obligacion agena, pues la fianza es un contrato accesorio, como le llama muy bien Pufendorf; y de aqui es que antes debe existir la obligacion principal que la fianza. Pues si esta precede á la

obligacion principal no es fianza, sino mandato. Decimos ademas que el fiador consiente por medio de la *estipulacion*. Pues si uno responde de otro sin interponer estipulacion, no afianza, sino que *constituye*. Y por tanto se diferencian la fianza y *el dinero constituido*, en que aquella es un contrato verbal ó estipulacion, y este un pacto pretorio; de aquella nace la accion de lo estipulado; de este la accion de *constituta pecunia*. Decimos últimamente en la definicion, que el fiador consiente en la obligacion agena sin *causar novedad en ella*. Pues no se quita la obligacion principal, ni se libra el deudor porque otro le salga fiador, sino que este se agrega para mayor seguridad del acreedor. Y asi, si dijese que tomaba á mi cargo la obligacion de Pedro, de manera que claramente quedase este libre, no seria esta fianza, sino *expromision*, cual es sin duda aquella del apóstol san Pablo: *Philem. v.* 18. 19. *Si quid damni dederit injuria, vel si quid debebat Onesimus, hoc imputa mihi. Ego Paullus mea manu scripsi, ego exolvam.* Con esto se entenderán fácilmente cuatro axiomas acerca de la fianza, que corresponden al §. 874. 1) *La fianza es estipulacion.* Pues en otro caso no se diferenciaria del constituto. 2) *La fianza es un negocio civil y varonil.* Asi se llama espresamente en la *L.* 1. *ff. ad Sc. Vellej.*, y en la *L.* 2. *pr. ff. de R. J.*, porque se celebraba este negocio á presencia de varones, Jac. Gothfr. *Coment. ad Reg. Jur. L.* 2. 3 *La fianza es un contrato accesorio.* Pues se ha inventado en seguridad del acreedor para tener obligado al deudor, y si este no paga al fiador. 4) Antiguamente el *fia-*

dor estaba obligado como correo; en el dia solo in solidum. A saber; antiguamente estaba en el arbitrio del acreedor reconvenir al deudor ó al fiador segun queria, *L.* 20. *ff. de cond. indeb. L.* 16. §. *ult. ff. de fidejuss. L.* 5. *C. de fidejuss.* Y de aqui aquel dicho de Thales Milesio: *promete y el daño estará cercano.* A la verdad, el mismo derecho tiene hoy dia el acreedor de poder demandar al deudor ó al fiador; pero este goza en el dia del beneficio de órden, de que se hablará abajo. Y si usa de él no está obligado á pagar, sin que antes se haga escusion de los bienes del deudor principal.

§. DCCCLXXV. DCCCLXXVI.

En esta otra parte del título se pregunta quiénes pueden ser ó no fiadores. Respondemos segun el primer axioma, que todos los que pueden obligarse estipulando; y segun el segundo, los que pueden celebrar un negocio civil y varonil. Asi como del primero se sigue naturalmente que no pueden salir fiadores los niños, los furiosos, los mentecatos, sordo-mudos, por no saber lo que hacen, ni poder proferir las palabras solemnes, y ni aun los pródigos, pupilos, menores, sin acompañar la autoridad del tutor, asi del último puede inferirse la razon por qué tampoco los militares pueden afianzar por los paisanos, *L.* 8. §. 1. *qui satisd. cog.* ni los clérigos por los legos, *Nov.* 123. *C.* 6., ni las mugeres por los estraños ni por sus maridos. La fiaanza de las mugeres por los estraños la impidió el Sc. Veleyano, que quitó á esta fian-

za todo el efecto, y concedió á la muger la misma condicion del dinero pagado; á no ser que 1) saliese fiadora en sus cosas, *L.* 8. §. 1. *ff. qui satisd. cog.*, 2) ó recibiese algo por la fianza, 3) ó usase de dolo, 4) ó ejerciese el comercio, 5) ó si renunciase á su privilegio. El afianzar la muger por el marido lo prohibió la *Auth. si qua mulier C. de Sc. Vellei.*; y por tanto esta fianza es de ningun valor, á no ser que la muger renunciare. Y ha de observarse 1) que antes de la renuncia debe la muger estar cierta de su privilegio, y 2) que segun la práctica puede renunciarse estrajudicialmente el senado consulto Veleyano, *L. fin.* §. *penúlt. ff. de fr dejurs. L.* 2. *C. de Sc. Vell.*; mas conforme á la auténtica ya descrita solo con juramento y judicialmente, *cap. cum contingant X. de jure jur.*

§. DCCCLXXVII. DCCCLXXVIII.

La tercera pregunta en este título es, en qué negocios pueden añadirse fiadores? Segun el axioma tercero respondemos: 1) en todos los contratos, y aun en las obligaciones naturales y destituidas de efecto civil. Y de aqui es, que puede suceder que el principal deudor no esté obligado civilmente, y sí el fiador. Por ejemplo: si alguno afianza por el pupilo que promete sin la autoridad del tutor, el pupilo no puede ser ofendido, y sin embargo estaria sujeto el fiador. No obstante, ponemos una escepcion, y es que no se obliga el fiador si las leyes civiles desechan claramente la obligacion del deudor principal, ó la

condenan; lo que sucede en el Sc. Veleyano. Por tanto, si uno sale fiador por la muger que afianza, no queda obligado; pero sí afianzando por un deudor que sea hijo de familias; porque la ley reprueba manifiestamente la obligacion de la muger que afianza, y el senado consulto Macedoniano no desecha la obligacion natural del hijo de familias si toma dinero prestado, sino que solo le concede una escepcion; y si la ley reprueba ó no enteramente la obligacion, lo conoceremos fácilmente mirando si la ley concede solo una escepcion, como lo hace el Sc. Macedoniano, ó tambien accion ó condicion de lo que no se debe, como sucede en el Sc. Veleyano. Mas se pregunta. 2) Se admiten tambien fiadores en los delitos? Debe dististinguirse si la accion es popular ó no. En las populares estan desterrados los fiadores, *L.* 56. §. *ult. h. t.* En las demas se distingue si la causa es capital ó no. Si la pena es meramente pecuniaria, bien pueden darse fiadores en la obligacion, *L.* 56. §. *ult. L.* 70. §. *ult. ff. h. t.* Tambien se admiten fiadores si no aparece ningun indicio contra el reo, y este, conseguido un salvoconducto, quiere dar fiadores de presentarse en juicio. Mas no se admite fiador por el suplicio capital, ó amenazando pena *corporis* aflictiva, porque no puede el fiador sufrir esta pena si se fugase el reo. Se pueden ver ejemplos de esto en Andovide, *Orat. de misteris*; *Cic. de amicit. C.* 10. *Excerpt. Petresc.* p. 244.; *Hygin. Fab*.257.; cuyos ejemplos quiso tambien apoyar el esclarecido jurisconsulto Paull. Voet. *de stat. sect. V. c. II.* §. 22.; pero fue refu-

tado sólidamente por Hercio *ad Puffendorf de J. N. et G. Lib. V. c.* 10. §. 12. Del mismo axioma se deriva, 3) que el fiador puede obligarse *mas*, pero no *en mas*. Pues aunque seria absurdo que yo debiese ciento y el fiador se obligase en doscientos, porque el acceserio debe seguir su principal, no seria lo mismo, que debiendo yo por escritura se obligase el fiador dando prenda. Porque el fiador se da para que esté mas seguro el acreedor. Y esto se consigue si el fiador se obliga mas estrechamente que el mismo deudor. Ultimamente, inferimos 4) que estinguida la obligacion natural tambien se concluye la obligacion del fiador. Y tambien esto es conforme á derecho, porque lo accesorio sigue á su principal, *L.* 93. §. 2. *de solut.* Por tanto, si por ejemplo salí fiador de que otro se presentaria en juicio, y luego muere, ya no estaria yo mas obligado, porque cesó la obligacion del muerto.

§. DCCCLXXIX.

A la cuarta pregunta, cuál es el efecto de la fianza, se satisface con el cuarto axioma. Es esta obligacion subsidiaria, y por tanto, 1) no pagando el reo principal está obligado á hacerlo el fiador ó sus herederos. Pues con este fin se admitió este fiador. 2) Si son muchos los fiadores, se obligan *in solidum*. Pues se han dado para seguridad del acreedor, y este no estaria seguro si haciendo quiebra los demas fiadores, se obligase al acreedor á tomar solamente la parte de uno. 3) Los fiadores son reconvenidos por la accion de lo esti-

pulado. Pues ya observamos que podian darse con sola la estipulacion, §. 873. 4) Si uno salió fiador hasta cierto tiempo, pasado este queda libre. Pues la culpa tiene el acreedor que sabiendo, por ejemplo, que el fiador está obligado solamente por un año, se descuida reconvenir dentro de él al acreedor, *L.* 44. §. 1. *de O. et A.* La morosidad del acreedor en la reconvencion liberta al fiador, y para esto se ha introducido por la *L. si contendat.* 38. *ff. de fidejuss.* la provocacion, por la que viendo el fiador que ocasiona tardanzas el acreedor (de modo que dejándose perder los bienes del deudor, puede el fiador ser vejado), provoca el fiador al acreedor á que entable contra él su accion dentro de cierto tiempo, y oiga la escepcion de órden que se le opondrá, ó permita que se le imponga perpetuo silencio.

§. DCCCLXXX._DCCCLXXXII.

Llegamos á la quinta y última parte de este título, en que se pregunta: qué beneficios legales competen á los fiadores? Se responde que tres. El primero se llama beneficio de *division*, y tambien beneficio *de la Epístola de Adriano*, porque se introdujo por constitucion de este Emperador. El otro es el beneficio de *Orden*, que tambien se llama beneficio de *escusion* y beneficio de la *nueva constitucion*. El tercero es el beneficio de la *cesion de acciones*. Hay lugar al beneficio de *division* siempre que muchos salieron fiadores por alguno. Pues si entonces tienen todos con que pagar, tie-

nen el beneficio de no ser reconvenido uno por entero, sino cada uno de ellos á prorata, §. 4. *Inst. h. t.* Luego 1) este beneficio pertenece á los compañeros en la fianza, y no á los correos que se obligaron *in solidum*, á no ser que al mismo tiempo sean mútuamente fiadores. Lo esplicamos arriba, §. 845. 3., aunque separándonos del vulgo de los doctores. 2) Mucho menos gozan de este beneficio los fiadores sucedáneos ó sucesivos, porque son fiadores de fiadores, y por tanto quedan obligados no pagando estos, *L.* 27. §. *ult. ff. de fidejuss*, y lo quedan *in solidum*, á no ser que sean ellos mismos muchos en número. 3) Este beneficio cesa (a) si los fiadores omiten esta escepcion, *L.* 26. *L.* 30 *ff. h. t.* (b) Si los demas fiadores no tienen con que pagar; pues entonces cada uno está obligado *in solidum*, § 879. (c) Si los demas fiadores no pueden ser reconvenidos, como si se han fugado, ó viven en otro pais: (d) si los fiadores renunciasen este beneficio; pues nadie duda que cada uno puede renunciar al derecho introducido en su favor; pudiéndose hacer tambien fácilmente esta renuncia, v. gr. si cada uno de los fiadores se obligase *in solidum*, *L.* 3. *C. de fidejuss.*

§. DCCCLXXXIII. DCCCLXXXIV.

El otro beneficio de *órden ó de escusion* es diferente del anterior. Pues de aquel usan los fiadores entre sí; de este contra el acreedor. Aquel se dirige á dividir la obligacion entre los fiadores á prorata; este á que no sean reconvenidos

los fiadores sin que antes se haga escusion de los bienes del deudor principal, esto es, sin que primero se le embarguen y vendan, y aparezca que no tiene con que pagar. Por tanto, de esta descripcion se infiere que en vano usa de esta escepcion el fiador, 1) si el reo principal manifiestamente no tiene para pagar. Pues hacer escusion del que no tiene bienes, es querer quitar el vestido á un desnudo. 2) Si se oculta ó fuga. 3) Si ha renunciado á este beneficio. Pues no se admite retroceso respecto de lo ya renunciado.

§. DCCCLXXXV. DCCCLXXXVI.

Ultimamente, el tercer beneficio es el de *cesion de acciones*. Pues no está obligado el fiador á pagar mientras no le ceda el acreedor sus derechos y acciones contra el deudor, *L.* 17. *ff. h. t.* Y de aqui fácilmente se deduce que esta cesion debe hacerse antes del pago. Pues pagando perece la accion, y si ha perecido no puede cederse, *L.* 6. 7. *ff. de sol.*, á no ser que casualmente se haga el pago con la condicion de cederse las acciones. *L.* 76. Pero qué utilidad, pregunto, trae al fiador el tomar las acciones cedidas? acaso para obrar contra el deudor y repetir de él lo pagado? De ningun modo. Contra este puede obrar directamente. Si tuvo encargo de él de afianzar tiene la accion de *mandato*. Si el deudor no supo que otro salia fiador por él, puede ser reconvenido por la accion de los *negocios hechos*. El que afianza por otro contra su voluntad, es claro que no tiene ninguna accion, y por tanto

se entiende que hace donacion de aquel favor. Qué utilidad pues prestan al fiador las acciones cedidas? Se responde que en dos casos le son muy provechosas. 1) Cuando uno salió fiador contra la voluntad del deudor principal. Pues entonces no tiene contra este la accion directa, y por tanto puede obrar en virtud del derecho cedido. 2) Si es obligado uno de los fiadores á pagar *in solidum*. Pues entonces no tiene ninguna accion contra los demas fiadores, porque no negoció con ellos. Luego tiene que obrar en virtud del derecho cedido por el acreedor. De donde se infiere juntamente que no puede renunciarse á este beneficio. Pues no resulta interes al acreedor, que es á quien se hace la renuncia. Por tanto, si dijese: renuncio el beneficio de division, no estipularia para sí, sino para los fiadores. Y arriba se ha demostrado §. 875. 6. que no puede uno estipular para otro.

TITULO XXII.

De las obligaciones literales.

§. DCCCLXXXVII. DCCCLXXXVIII.

Hemos tratado tambien del otro género de contratos nominados, á saber; de los contratos verbales. Sigue el tercer género, el contrato literal; el cual se apoya solamente en las letras, de modo que el que las escribe queda obligado aunque nada haya recibido. No se hace mencion de este contrato en las Pandectas; y aun cuando se numeran los contratos, casi siempre se cuentan solamente tres especies, omitiéndose el contrato

tan tonto, por ejemplo, que dé un recibo de cosas depositadas en su poder, no habiéndose depositado nada todavía. 3) Despues de dos años nace la accion del quirógrafo, aunque el autor de este no recibiese el dinero, por la presuncion dicha poco antes; pues esta presuncion es *juris y de jure*, como la llaman los jurisconsultos, y por tanto no admite prueba en contrario.

§. DCCCXC.

Del primer axioma colegimos, 1) que antes de pasar dos años no nace del quirógrafo esta accion. Mas esto ha de entenderse bien. Nace ciertamente la accion del mútuo, pero entonces debe probar que entregó este mútuo. Nace tambien la accion *ex chirographo*, pero fácilmente se elude esta con la escepcion *non numeratæ pecuniæ*. Asi que, la verdadera *condicion ex chirographo* que escluye toda accion *non numeratæ pecuniæ*, compete últimamente pasados dos años. 2) El autor del quirógrafo puede repetir contra este dentro de dos años; lo cual puede verificar por varios medios. Pues a) puede entablar en juicio la condicion *caussa data*, *caussa non sequuta*, ó *sine causa*, para que se le vuelva el recibo. b) Ante el mismo juez puede interponer la protesta de que el acreedor posee el recibo sin razon, y por tanto que no debe parar en su poder, *L.* 8. *L.* 9. *L.* 14. §. 4. *C. de N. N. P.* Sin embargo, se ha de observar que no hay lugar á esta condicion y queja si por otra parte aparece que se contó y entregó el dinero, como (a) si ademas del quiró-

grafo tuviese el acreedor en su poder otra carta de pago en la que confiesa el deudor haber tomado el dinero, con tal que esta carta sea algo mas reciente que el quirógrafo. Pues de otro modo, con igual facilidad parece que podria ser inducido el deudor á escribir la carta de pago que á dar el quirógrafo. (b) Si el deudor reconociese posteriormente el débito, como pagando réditos, ó pidiendo dilacion para el pago. (c) Si el heredero niega el recibo del dinero que el testador confesó en su testamento que debia. (d) Si obra en juicio en virtud del quirógrafo un banquero ó cambista; pues á este se le cree mas fácilmente, porque semejantes personas negocian á dinero contante, y no dan ni reciben los vales sino cuando se paga *incontinenti*, *núm.* 126. 5.

§. DCCCXCI. — DCCCXCIII.

Del segundo axioma se deriva naturalmente, que esta escepcion N. N. P. no pertenece al depósito. Pues absurda y pérfidamente obraria el depositario, si presentando el deponente el quirógrafo en que confiesa el depositario haber tomado las cosas en depósito, opusiese la escepcion *non numeratæ pecuniæ*, *L.* 5. *L.* 6. *C. de N. N. P.*, á no ser que con esta escepcion pueda probarse aquella evidentemente. Ya vimos arriba la razon, á saber; porque no hay motivo para que al verificarse el depósito sea lisongeado el depositario, y quiera dar el quirógrafo antes de recibir las cosas, siendo asi que no entra en el depósito por su utilidad, sino por la del deponente. 2) Ni

hay tampoco lugar á la escepcion N. N. P. en las cartas de pago. De aqui es que nuestras leyes distinguen si son judiciales ó privadas; en el primer caso estan exentas de toda escepcion; en el último se concede la escepcion *non numeratæ pecuniæ*, pero solamente dentro de treinta dias, *L.* 14. §. 2. *C. de except. N. N. P.* Ni pertenece á este lugar la carta dotal, aunque en cierto modo favorecen las leyes al que la dió. A saber; sucede á veces que el suegro promete dote al yerno futuro: celebradas las nupcias pide el último la dote; el suegro dice que está pronto á ello como aquel le dé recibo; se le da el yerno por la confianza que tiene en el suegro; este vuelve á dar esperanzas, retiene el recibo que se le ha dado, y nada paga: contenido el yerno por timidez y respeto no estrecha al pago; entretanto muere la muger y repite la dote contra el yerno. Se pregunta: puede este oponer al recibo que presenta el suegro la escepcion *non numeratæ dotis*? El fundamento de esta doctrina se halla en la *Act. quod locum C. de dot. caut. non numer.*; donde se distingue *si el matrimonio se ha disuelto dentro de dos años, ó dentro de diez, ó pasado este tiempo.* Si dentro de dos años, tiene el yerno la escepcion *non numeratæ dotis* por un año, pasado el cual no se le oye mas. Si despues de dos años, pero dentro de diez, tiene la misma escepcion por tres meses desde que se disolvió el matrimonio, y corridos aquellos tampoco se le oye. Ultimamente, despues de diez años de disuelto el matrimonio está obligado precisamente á restituir la dote, aunque no la haya recibido, porque apenas

es creible que uno sea tan sufrido que quiera dejar al suegro por diez años el recibo sin contradiccion ni protesta.

§. DCCCXCIV.

Resta tratar de la accion. La llamamos *condicion ex chirographo*, parte por el argumento del §. *un. Inst. h. t.*, y parte porque este contrato es tambien nominado, y debe producir la accion del mismo nombre. Esta *condicion* pues se da á aquel á quien se entregó el quirógrafo (pues si otro le posee, debe legitimarse en la causa por medio de la cesion que se le ha hecho) contra el que le dió mas hace de dos años, y no le retractó en aquel tiempo, para que pague lo que en el vale confiesa haber recibido, aunque á la verdad nada recibiese. Mas se pregunta: si despues de dos años el autor del recibo opone la escepcion N. N. P., y ofrece probar que no se le entregó nada, será oido? Lo afirma Harmano en sus *Elementos*, c. 1., y tal práctica se observa tambien en muchos lugares. Y aun se encuentra un jurisconsulto, Herm. Zolio, que en un mal acabado poema defiende que siempre debe probar el acreedor que no se le entregó el dinero. Pero en nuestras leyes nada se halla de esto, y lo contrario vemos manifiestamente en el §. *un. Inst. h. t. L.* 8. *y L.* 14. *pr.* §. 3. *C. de exceptione non numer. pecuniæ.*

TITULO XXIII.

De las obligaciones que nacen de consentimiento.

§. DCCCXCV.

Resta el último género de contratos nominados, á saber; los *contratos consensuales*, los cuales á la verdad no toman el nombre de que requieran el consentimiento, pues entonces todos los contratos serian consensuales, no concibiéndose ningun contrato sin consentimiento; sino porque subsisten por solo el consentimiento, y de aqui es que la obligacion nace inmediatamente que se convinieron las partes. Asi, por ejemplo: entre el comprador y vendedor nace la accion al punto que existe el consentimiento en el precio; y por tanto la compra y venta es un contrato consensual. Mas entre el acreedor y el deudor no nace ninguna accion del mútuo, aunque se hayan convenido en él, hasta que se cuente el dinero, por ser la cosa que se entrega; luego es un contrato real, no consensual. Igualmente la estipulacion no produce accion, aunque ya antes hayan consentido en ella los contrayentes, á no ser que la siga una pregunta y respuesta conformes entre sí; luego este contrato no es consensual, sino verbal. Pero en los consensuales, para producir obligacion y accion, no se requiere mas que el consentimiento, aunque no se agregue ni estipulacion, ni entrega, ni letras, y esto es lo que se dice en el §. *un. Inst. h. t.*, es decir; *que la sustancia de estos contratos es solamente el consentimiento.*

§. DCCCXCVI.

Por lo demas estos contratos tienen algo de singular. Pues 1) todos son bilaterales, y por tanto siempre tienen recíproca accion, por ejemplo: *emti venditi*; *locati conducti*, *emphiteuticaria y mandati*; ó de compra y venta; de locacion y conducion; enfiteuticaria y de mandato; directas y contrarias; *pro socio* ó de sociedad, por una y otra parte directa. 2) Todos estos contratos son de buena fe, y por lo mismo ambas partes tienen que prestar mútuamente alguna cosa porque son bilaterales. Con razon se dice pues que todos los contratos consensuales son de buena fe, pero falsamente se diria que todos los contratos de buena fe son consensuales. Pues tambien el comodato, el depósito y la prenda son de buena fe, no obstante de ser reales. 3) Todos estos contratos pueden celebrarse aun entre ausentes, solo por señas y tácitamente. En lo que se diferencian de los verbales y literales, los cuales se celebran solamente por palabras y letras, y entre presentes, como ya observamos antes de los verbales, §. 871. 24.

§. DCCCXCVII.

Si se pregunta: cuántos son los contratos consensuales, se responderá que debe distinguirse la época anterior al emperador Zenon y la que siguió á este. Antes de él eran cuatro solamente: *compra y venta*, *locacion y conducion*, *sociedad*, *y mandato*. Pues aunque ya hacia mucho tiempo

que se habia introducido el contrato enfitéutico, sin embargo, unos le referian á la compra y venta, y otros á la locacion y conducion. Y de aqui es que hasta nuestro Justiniano sigue en las Instituciones el antiguo uso, y no trata del contrato de enfitéusis en un título particular, porque tampoco lo habia hecho Cayo. Pero Zenon estableció el primero que la enfitéusis tuviese naturaleza singular y distinta de los demas contratos, y por tanto que no se refiriese ni á la locacion y conducion, ni á la compra y venta. Y desde este tiempo son cinco los contratos consensuales: *compra y venta*, *locacion y conducion*, *enfitéusis*, *sociedad*, *mandato*; de todos los que trataremos ahora por su orden.

TITULO XXIV.

De la compra y venta.

§. DCCCXCVIII.

El primero pues de los contratos consensuales es la compra y venta, sobre cuya definicion han trabajo tambien varones doctísimos, como Cujacio y Merilio, *Obs. III.* 28. Antiguamente juzgaba la mayor parte que la compra era un contrato consensual con el fin de transferir el dominio de alguna cosa por cierto precio. Pero claramente demostró el célebre Merilio que se equivocaron en esto. Pues el vendedor no está obligado á trasladar el dominio, sino que basta que entregue la cosa, y en el caso de ser reclamada esta, que esté

dispuesto á prestar la eviccion. Y á la verdad, á veces no puede transferir el dominio aunque quiera. Pues si el que no es dueño, sino solo poseedor de buena fe, vende una cosa, por la naturaleza misma de las cosas no puede transferir al comprador mas derecho que el que tenia él mismo. Asi mejor se definirá la *compra y venta* diciendo que es un contrato consensual por el que se entrega una cosa por cierto precio. Luego este contrato se perfecciona por el consentimiento, y se consuma por la entrega de la cosa. Mas no se pregunta en este contrato si se transfiere ó no el dominio.

§. DCCCXCIX.

De esta definicion pues fácilmente se infiere cuáles son los requisitos esenciales de este contrato. Es de saber que para la mas acertada inteligencia de él, se ha de distinguir en todo contrato lo que es *esencial*, *natural* y *accidental*. Y por esta razon suele ponderarse el tratado de Mocio sobre los contratos, por distinguir diligentemente aquellos requisitos. Llamamos *esencial* á los contratos, aquello sin lo cual no puede existir el contrato, sino que al instante pasa á otro género. Por ejemplo: sin precio no existe compra, pues no interviniendo precio de la compra se hace donacion. La locacion no puede existir sin merced, porque si esta falta, se hace aquella comodato. Luego el precio pertenece á la esencia de la compra, y la merced á la de la locacion. Es *natural* á los contratos aquello que suelen exigir las leyes, pero que sin embargo puede mudarse por los pactos. Por

ejemplo: las leyes quieren que el comprador se obligue al vendedor á la eviccion; y no obstante, si se conviniesen en otra cosa los contrayentes, á saber; en que no se preste la eviccion, será válida esta voluntad de los contrayentes. Luego la eviccion es natural en la compra y venta. Es *accidental* lo que ni exigen las leyes ni lo prohiben, y por tanto se deja á la voluntad de los contrayentes. Asi, por ejemplo: que el precio de la compra deba ser en monedas de oro ó de plata, que se haya de pagar junto y de una vez, ó en un año, dos ó tres, no lo disponen las leyes, y por tanto queda al convenio de las partes; y asi esto se ha de referir entre los requisitos accidentales de este contrato. Con estos antecedentes pues se entenderá fácilmente por qué decimos en este §. que tres cosas pertenecen á la sustancia de este contrato: 1) consentimiento: 2) cosa ó mercadería vendida: 3) precio. Si falta pues una de estas cosas el contrato dejará de ser compra y venta. De estos requisitos tratamos en este título: (a) *del consentimtento*. §. 900. 904.: (b) *de la cosa ó mercadería*, §. 905. y sig.: (c) *del precio*, §. 906. 909.

§. CM. CMI.

El primer requisito es el *consentimiento*; el cual basta para la obligacion, porque este contrato es consensual, §. 895. Como en el contrato consensual no se requiere mas que el consentimiento, de aqui la 1) consecuencia, que es que la compra y venta está perfecta luego que se han convenido en el precio, *pr. Inst. h. t.*: y por

tanto (a) no se requiere ni tradicion de la cosa, ni palabras solemnes, ni escritura, sino que (b) tambien puede celebrarse este contrato entre ausentes, por agentes, cartas ó mediadores. Algunos podrán hallar duda en esto, porque ciertamente de la misma definicion, §. 898., se deduce que el fin de la compra y venta es la entrega de una cosa: cómo pues diremos que la venta existe sin la tradicion? Pero se responde: la tradicion no perfecciona el contrato, pues por la compra y venta se obligan tambien los contrayentes antes de la tradicion; la tradicion es el efecto de la compra, á la que está obligado el vendedor. En pocas palabras, no decimos que se ha comprado porque la cosa se ha entregado, sino que hemos comprado para que se entregue. Por lo demas esta primer consencuencia admite algunas escepciones. Pues á veces solo el consentimiento no perfecciona el contrato, á saber; (a) si el comprador y vendedor se conviniesen en que la compra y venta se redujese á escritura. Porque en este caso no se entiende perfecta la compra y venta antes que se haga el instrumento, y se suscriba y selle por uno y otro, *princ. Inst. h. t.*: (b) si se *vendiese* la cosa bajo de condicion suspensiva. Por ejemplo: vendo una cosa por mil florines si dentro de un año nadie ofrece mas. Pues entonces no se perfeccionará la compra hasta que pase el año, y conste no haber ofrecido ninguno mejor condicion, *L. 1. L. 2. pr. ff. de adict. in diem.* : (c) si se comprase cosa fungible y no se hubiese pesado, numerado ni medido, *L. 34. L. 5. ff. de contr. emt.*: (d) si se vendiese la cosa á condicion

de probarse, como el vino. Pues entonces ni se entiende que está comprada la cosa, ni pasa el peligro al comprador, hasta que se hace la prueba, *d. L.* 34. §. 5. *eod.* La II) consecuencia será ya igualmente fácil de entenderse, á saber; que antes de estar perfecto el contrato hay lugar á que se arrepientan los contrayentes. III) Perfeccionado una vez el contrato no se les permite. Sin embargo, si se ha dado prenda en el primer caso, y se vuelve atras el comprador, la pierde en pena de su inconstancia. Si muda de voluntad el vendedor, paga el duplo de la prenda por la misma causa, *pr. Inst. h. t.* Mas en el último caso en que ya se ha perfeccionado la compra, tan lejos está de ser cierto que uno pueda apartarse del contrato, porque esté dispuesto á sufrir el daño, que ni aun es oido aunque se preste á indemnizar al comprador de los perjuicios ó á dar el duplo, *L.* 3. *L.* 6. *C. de resc. vend.* La razon está á la vista, pues la compra y venta es un contrato nominado, y solo los nominados son de tal naturaleza que haya lugar en ellos al arrepentimiento, *L.* 3. §. 2. *L.* 5. *pr. seq. ff. de cond. causs. data*, *L.* 5. §. 1. *ff de præscr. verb.* Dimos la razon de esta disposicion en nuestros *Elem. juris secund. Pand. Part.* 1. §. 360. *p.* 120.

§. CMII. _ CMIV.

Todo esto se deriva de la naturaleza de los contratos consensuales. Pero hay otras consecuencias que se deducen de la naturaleza del mismo consentimiento. Por consentimiento enten-

demos un acto de la voluntad, por el cual comprendiendo el entendimiento la bondad de una cosa, la aprueba y se dispone á conseguirla. De aqui pues se infiere que se opone al consentimiento: 1) el miedo y fuerza: 2) el dolo; y 3) el error. Por lo que se pregunta ahora, si puede viciarse este contrato de compra y venta, y de cuántas manera. De la *fuerza* y el *miedo* observamos, 4) que ninguno puede ser obligado á comprar ni á vender. Pues, quién diria que aprobamos aquello á que somos impelidos por fuerza ó miedo? Sin embargo, á veces escusa esta fuerza la utilidad pública, que con razon es para el buen ciudadano la suprema ley. Asi, por ejemplo, no es dudoso que el poseedor de gran copia de trigo puede ser obligado en tiempo de hambre pública á venderlo á precios arreglados. Ni diria ninguno que faltaba á lo justo Felipe II rey de España, cuando publicada en Amberes la Biblia poliglota, mandó por edicto que todas las iglesias de España adquiriesen un ejemplar. 5) La compra y venta producida por fuerza y miedo es nula *ipso jure*, y á veces tambien se rescinde por la accion *quod metus caussa* (por causa de miedo), *L.* 3. 4. 5. 7. *et ult. C. quod metus caussa.* Porque, qué cosa hay tan contraria á la buena fe que es el fundamento de los contratos consensuales, como la fuerza y el miedo? *L.* 116. *ff. de R. J.* Ni conviene mejor á la buena fe del contrato el dolo. Pero sin embargo los jurisconsultos distinguen aqui entre el dolo que da causa al contrato, esto es, por el cual uno induce astutamente á otro á que compre ó venda, y el *incidente*, que aparece

en el mismo contrato. Acerca del primero establecen que anula la compra; del último, que debe ser indemnizado por la accion *emti venditi* (de lo comprado y vendido). El fundamento de esta doctrina se halla en la *L. 7. pr. ff. de dol. mal.* Y sin embargo la rechaza abiertamente Gerard. Noodt., digno de la inmortalidad en nuestra jurisprudencia, ya en el tratado *de formula emendandi doli mali*, ya en el *Comentar. ad Tit. ff. de dolo malo.* Pues en uno y otro lugar juzga aquel docto varon, que el contrato de buena fe, y por tanto la compra y venta siempre es nula, bien dé causa al contrato el dolo, bien aparezca en él. Empero no pudiéndose defender esta opinion sin violentar el texto, no podemos á la verdad conformarnos con él en este punto. Ultimamente, tambien el *error* se opone al consentimiento. Pues si me equivoco en la cosa, ciertamente no consiento en ella, sino en otra que estaba entonces presente á mi imaginacion. Pero sin embargo, no es solamente de un género el error. Unas veces es *esencial*, otras *accidental.* 7) Si es esencial, el contrato es nulo; si accidental, subsiste la compra, pero se concede al que padeció el error la accion *quanti minoris* para la indemnizacion del daño, esto es, si errase el comprador el vendedor le restituiria tanto cuanto vale de menos la cosa, ó lo que el vendedor recibió ademas del justo precio. Mas cuál es el error *esencial*? Se responde: cuando erramos ó en la *cosa*, por ejemplo, juzgando oro lo que es plomo dorado; ó en el *cuerpo*, por ejemplo, creyendo comprar á Estico y comprando en realidad á Dromo;

ó en los *atributos de la cosa*, tales que faltando se nos hace del todo inútil la cosa, por ejemplo, comprando un siervo que es furioso ó paralítico. Mas cuando erramos en las demas circunstancias se considerará el error solo accidental.

§. CMV. CMVI.

Vimos el primer requisito esencial de la compra y venta, el consentimiento; sigue ahora otro, á saber; la *cosa ó mercadería*. Y se establece: 1) *que pueden venderse todas las cosas que estan en comercio*, bien existan, ó bien haya esperanza de que existirán. Por tanto, tambien la esperanza puede venderse. Por ejemplo: en las loterías, qué otra cosa se compra mas que la esperanza? Pueden venderse las cosas futuras, por ejemplo, los frutos del año que viene. Pueden venderse las cosas incorporales, v. gr. una herencia, una accion, el derecho de cazar, la jurisdiccion &c. Y aun las cosas agenas estan en comercio y pueden venderse, *L.* 28. *ff. de contr. emt.* No porque esta compra pueda perjudicar al dominio, pues al señor de este le queda entero el derecho de vindicar la cosa donde quiera que la halle, sino porque aquella compra y venta produce accion y obligacion entre el comprador y vendedor. Acaso se preguntará, si el socio puede vender la cosa comun. Mas la respuesta está en la *L.* 13. §. 17. *ff. de act. emt.* 2) *Las cosas que estan exentas del comercio no pueden venderse.* Y de aqui se deduce fácilmente la razon por qué no pueden venderse las cosas que han perecido, pues

que ya no existen; ni los *hombres libres*, ni las cosas *de derecho divino y públicas*, porque estan fuera del comercio de los particulares. Ni las cosas ú objetos de comercio *prohibidos por leyes especiales*, que hoy dia se llaman vulgarmente contrabandos, por ejemplo, pólvora, tratándose de venderla á los enemigos, las armas, naves, máquinas de guerra &c. Los antiguos contaban tambien en esta clase las cosas perjudiciales y pestíferas, como venenos, libros de doctrina reprobada, y otras cosas de este género.

§. CMVII. CMVIII.

Falta el tercer requisito esencial de este contrato, el *precio*; sin el cual ni se compra ni se vende. Mas aunque en cierto sentido se llama precio todo lo que se da por alguna cosa, como en Plauto, *Menechm. Act. V. Sc. VI. v.* 9. y *sig.*

Verbera, compedes, molæ, magna
Lassitudo, fames, frigusque durum
Hæc sunt pretia ignaviæ.

Sin embargo, tomado propiamente este vocablo significa solo el dinero contado que se paga en la compra por la cosa, §. 2. *Inst. h. t. L.* 1. §. *ff. de contr. emt.* Pues lo que paga el arrendatario no se llama precio, sino *merces* de *merendo*, y no se domina precio sino impropiamente, *L.* 28. §. 1. *ff. local*, *L.* 10. *ff. de adquir. poss. L. ult.* §. *ult. ff. de leg. Rhodia de jact.* Y de aqui se infiere la diferencia entre la compra y permuta. Pues si por la cosa se da dinero contante, será

compra; si una cosa por otra, será *permuta.* Sobre lo que tambien discordaban segun costumbre los Sabinianos y Proculeyanos. Aquellos juzgaban que tambien se hacia la compra con otras cosas mas que con el dinero; estos opinaban que necesariamente habia de consistir el precio en dinero. Pero fundándose toda la controversia en dos pasages de Homero citados en el escolio del §. 908., y no favoreciendo á los Sabinianos el uso comun de hablar, con razon decidió contra ellos la cuestion el emperador Justiniano en el §. 2. *Inst. h. t.* Mas suele preguntarse: si se ha pagado parte en dinero, parte en otra cosa, como trigo, hay mayor presuncion de que sea compra ó permuta? Carpz., *Part. II. Const.* 32. *def.* 15. 2. 7., juzga que se debe presumir á favor de la permuta por ser contrato antiquísimo entre los hombres, é introducido antes que se acuñase la moneda. Pero se equivoca en esto indudablemente, pues la presuncion no está á favor de las casas mas antiguas, sino de aquellas que suceden mas comunmente. E inventada la moneda, no usaron ya los hombres mas de la permuta que de la compra para adquirir lo necesario.

§. CMIX.

Hemos visto que el precio es esencial requisito de este contrato. Ahora examinaremos *cual* debe ser este precio. Tres son sus atributos. Pues debe ser 1) *verdadero*, 2) *justo*, 3) *cierto.* (1) Debiendo ser verdadero, fácilmente se entiende que es de ningun valor la venta imaginaria. De

aqui es que por sola una moneda no se vende, *L. 46. ff. de locat.*, pues no seria compra y venta, sino donacion encubierta bajo otro nombre, *L. 38. ff h. t.* Y por tanto, si por ejemplo vendiese el marido á la muger un prédio en muy pocas monedas, no valdria esta compra, porque á la verdad es simulada y una mera donacion, la cual no puede celebrarse entre marido y muger por Derecho romano. *L. 38. ff. eod.* (2). Digimos que el precio debe ser justo. Pues aunque este, en el caso de no estar determinado por la ley, admite alguna estension, y por tanto es permitido convenirse recíprocamente el comprador y vendedor, por la *L. 2. tamen. C. de resc. vend.*, ó se rescinde el contrato, ó se ha de suplir el precio si la lesion es enorme ó en mas de la mitad. Ultimamente, 3) tambien debe ser cierto, ó por convenio de las partes, ó por relacion á otra cosa; por ejemplo: vendo en la cantidad que compré, ó por el dinero que tengo en el arca, *L. 7. §. 1. ff. h. t.* Mas se pregunta, si puede dejarse el señalamiento del precio al arbitrio de un tercero, v. gr. vendo al precio que crea justo un hombre bueno. Y se responde, ó es cierta la persona en cuyo arbitrio se pone, ó incierta. Si incierta, nada se hace, porque á la verdad no existe consentimiento sobre una misma cosa, *L. 25. pr. ff. locat.*; si es cierta, entonces ó es una tercera persona diversa de uno y otro contrayente, ó el mismo comprador. Si lo primero vale este arbitrio, con tal que aceptándole la persona valúe la cosa, *§. 1. Inst. h. t.* Si lo último, se entiende que nada se ha hecho; porque si dijese: vendo en lo que quieras, podria

querer no dar nada, ó un precio escesivamente injusto, en lo que yo no consentí nunca, porque quise vender, *L.* 35. §. 1. *ff. h. t.*

§. CMX.

Por lo demas todavía falta indagar tres cosas en este contrato, 1) qué obligacion produce: §. 970.: 2) para quién es el peligro de la cosa vendida, §. 911.: 3) qué acciones nacen de él, §. 912.915.
I. Si preguntamos qué obligacion produce este contrato, responderemos que de parte del comprador resulta la de pagar el precio, y de parte del vendedor la de entregar la cosa ó mercadería. De uno y otro observaremos 1) que el comprador debe el precio, y con él ha de satisfacer necesariamente al vendedor; lo que se hace de dos modos; ó con la paga del precio, ó persuadiendo al vendedor que confie en su palabra. Por tanto, si el comprador no paga, ni el vendedor fia de él, tampoco se transfiere el dominio por la entrega ó tradicion, *L.* 19. *ff. de contr. emt.* De aqui es que no se puede compeler al vendedor por la accion *emti* á que entregue la cosa. *L.* 11. §. 2. *fin. L.* 13. *L.* 8. *ff. de act. emt.* 2) El vendedor debe entregar la cosa. De aqui es, que hasta entregarla no tendrá la accion *venditi* para pedir el precio, *L.* 25. *ff. de act. et vend.* Pues no puede hacer que se cumpla el contrato no habiéndole cumplido él por su parte. Quién tendria paciencia para oir á los Gracos quejarse de sedicion? Por lo demas de aqui se deriva naturalmente que en este contrato es igualmente de

ambos el provecho y la incomodidad. Pues el comprador recibe la cosa y paga el precio, y el vendedor toma el precio, pero entrega su cosa. Asi que, prestándose la culpa leve por uno y otro contrayente, cuando es igualmente de ambos la comodidad, §. 788. 2., fácilmente se infiere que el comprador y el vendedor deben prestarse mútuamente la misma culpa con el dolo y culpa lata, *L.* 23. *ff. de R. J.*

§. CMXI.

II. Tocante al peligro y provecho de la cosa vendida, entendemos por *peligro* el caso en que perece la cosa, y por *provecho* la utilidad que proviene de la cosa vendida. Por tanto el sentido de la cuestion es, si la cosa vendida, mas todavía no entregada, perece, de quién es el daño? Y si la cosa vendida y no entregada tiene algun aumento, como hallándose un tesoro en la casa que se vendió, de quién es este provecho? del comprador ó vendedor? nuestras leyes responden, que desde que la compra y venta se ha perfeccionado, aunque no se haya verificado aun la tradicion, al punto pasa al comprador el peligro y el provecho, §. 3. *Inst. h. t. L.* 8. *pr. ff. de peric. et comm. rei vend*; esceptuando cuatro casos. A saber; (1) si pereciere la cosa por dolo ó culpa lata ó leve del vendedor. Pues digimos que uno á otro se debian prestar la culpa leve. (2) Si el vendedor tomase este caso á su cargo y riesgo. Pues entonces está obligado en virtud de su pacto. *L.* 1 *pr. ff. eod.* (3) Si la cosa pereciere á

resultas de algun vicio antiguo, por ejemplo, si muriendo un caballo despues de la venta, y reconocido apareciese que tenia dañados los intestinos. *L.* 1. *L. ult. C. h. t.* (4) Si vendida la cosa á condicion de probarse, no se hubiese probado todavía, ó si se vendiese por cierta medida, número ó peso, y aun no se hubiese medido, contado ó pesado. Pues entonces aun no está perfecta la compra y venta, como manifestamos arriba al §. 900. y 901. Esto está ordenado en nuestras leyes. Pero podria tal vez parecer esto á alguno contrario al mismo espíritu de ellas. Pues los principios del Derecho establecen que la cosa perezca para su dueño, *L.* 9. *C. de ping. act* Los mismos quieren que antes de la tradicion permanezca dueño el vendedor, y por consiguiente que no pase el dominio al comprador hasta que siga la tradicion. Cómo pues puede decirse que la cosa perece para el comprador no siendo todavía dueño? Ademas, las comodidades y utilidades percibidas de la cosa son accesorias de ella. De quien es la cosa, son sus accesorios. Siendo pues la cosa antes de la tradicion del vendedor, cómo puede decirse salvando los principios del Derecho que el provecho pasa en el momento al comprador, aunque todavía no se haya entregado la cosa? Pero respondemos que este peligro y provecho no pasa al comprador en virtud de este fundamento, sino de otro. A saber; luego que la compra se ha perfeccionado, el vendedor debe la especie, esto es, la cosa vendida. Ahora bien, librándose el deudor de una especie, al momento que perece esta, *L.* 23. *L.* 49. *pr. ff. de verb. obl.*, es con-

siguiente que tambien se libre el deudor cuando perece la cosa vendida; y asi no reside el peligro en él mismo, sino en el comprador: y como nada hay mas justo que el que perciba el provecho aquel que sufre las incomodidades, con razon coligieron de aqui los jutisconsultos, que tambien pertenecian al comprador las utilidades de la cosa vendida. Por lo demas no puede negarse que en cierto modo es esto algo duro; y de aqui es que en otras muchas legislaciones está determinada otra cosa; por ejemplo: en Sajonia, donde en las cosas inmuebles se requiere la declaracion, no pasa al comprador el peligro y provecho de la cosa vendida hasta que se haga aquella declaracion en las actas. Carpzon., *Part. II. C.* 39. *def.* 35.

§. CMXII.—CMXV.

Ultimamente, III. falta hablar de las acciones que nacen de este contrato. 1) Este contrato es bilateral, es decir, que por él uno y otro contrayente se obligan. Luego nacen de él dos acciones. 2) La obligacion de uno y otro contrayente existe desde un principio, y se deriva de la misma naturaleza del contrato. Y por consiguiente una y otra accion es directa, §. 782. 3) Siendo nominado el contrato de compra y venta, se infiere que ambas acciones deben ser del nombre del contrato, §. 782., y por tanto debe llamarse accion *Emti venditi* (accion de compra y venta). Se distinguen estas acciones segun quien es el actor. Si el comprador se dirige á conseguir la cosa, se dice accion *emti*: si el vendedor intenta que se le pa-

gue el precio, se llama accion *venditi*: de una y otra trataremos separadamente. I. A quién se da la accion *emti*? Al comprador ó su heredero, con tal que haya pagado el precio, §. 910. Contra quién? contra el vendedor ó su heredero, mas no contra un tercer poseedor: para qué? Para conseguir todo lo que se debe al comprador por este contrato. Y se le debe 1) la entrega de la cosa, de la que no se libra el vendedor aunque ofrezca su valor, *L. II.* §. 2. *ff. de act. emt.* 2) La libre posesion de la cosa. 3) Los frutos y las accesiones. 4) Los muebles fijos y estables (*fixa vincta*), que de tal modo estan unidos á la cosa, que se han destinado para su uso perpetuo; de los cuales habla la *L.* 17. *pr.* y §. 6. *L.* 38. §. 2. *ff. de act. emt.* 5) Si la entrega no se hace por culpa del vendedor, su estimacion. *L. I. pr. L. II.* §. 9. *ff. h. t.* Ultimamente, 6) la indemnizacion de todo el daño causado por culpa leve. §. 910. 4. II. A quién se concede la accion *venditi*? Al vendedor que ya entregó la cosa y á su heredero. Para qué? para conseguir todo lo que se debe al vendedor por el contrato. Y se le debe, 1) el precio prometido: 2) las usuras desde el tiempo de la tardanza, porque es contrato de buena fe, en el que se deben por solo la demora las usuras, aun no prometiéndose; y 3) el resarcimiento del daño originado, aunque solo sea por culpa leve.

TITULO XXV.

De la locacion y conduccion.

§. CMXVI.

Esto acerca del primer contrato consensual, la compra y venta. Sigue otro, la *locacion y conduccion.* En él se ha de considerar: 1) la definicion §. 916.: 2) la division, §. 917: 3) los atributos esenciales, §. 918. 923.: 4) la obligacion que de él nace, §. 924 926. 5) las acciones, §. 927. 629. La definicion es fácil. *Locacion y conduccion es un contrato consensual, por el cual se presta hasta cierto tiempo el uso de una cosa, ó cierto trabajo por cierta merced ó estipendio*: decimos 1) que la locacion y conduccion es un contrato consensual, porque recibe su fuerza de solo el consentimienro. Añadimos, *por el cual se presta el uso de una cosa.* Pues aqui no se trata de transferir el dominio como en la compra, ni de que otro custodie una cosa, como en el depósito, sino de que tenga el uso el conductor. Sigue diciendo la definicion, *ó cierto trabajo*; lo cual se ha de entender de los que reciben estimacion, como son los mecánicos, que pueden ejercerse con la mano. Ultimamente decimos, *por cierta merced ó estipendio*; porque si no está determinada, sino que se concede *gratis* la cosa para cierto uso, no es locacion, sino comodato.

§. CMXVII.

En cuanto á la division, la locacion y con-

ducion es ó de *cosa*, cuando se concede su uso por cierta merced, por ejemplo, un prado, una casa; ó de *trabajos* (*Operarum*), cuando se prestan trabajos mecánicos por una recompensa, por ejemplo, cuando el sastre compone un vestido por cierta merced; ó de *obra* (*Operis*), cuando se arrienda alguna obra que se va á hacer, v. gr. si la nacion arrienda la obra de un puente por cierto precio; de cuya locacion trata la *L.* 5. §. 1. *ff. de v. sig*. Por lo demas, de estas especies de locacion se ha de observar, 1) que las personas de los conductores tienen diversos nombres. Pues el que toma en arriendo una casa se llama *inquilino*, el que toma prédios rústicos, *colono*; el que rentas reales, *publicano*; el que alguna obra, *asentista* (*redentor*). Ultimamente, el que toma en arriendo trabajos, se llama *mercenario*. 2) La locacion de obra tiene algo verdaderamente singular. Pues en los demas casos, el que da la merced se llama conductor, y el que la recibe, locador. Mas aqui es al contrario, pues el que da la merced de la obra que se trata de hacer se llama locador, y el que la recibe conductor, porque al mismo tiempo toma en arriendo la obra que da tambien en arriendo trabajos, *L.* 22. §. 2. *L.* 25. §. *pen. ff. h. t.*

§. CMXVIII.

Llegamos á los requisitos esenciales de la locacion y conduccion, en lo cual hay grande analogía entre la compra y venta y la locacion y conduccion. Pues asi como las cosas esenciales

de aquel eran tres, consentimiento, cosa y precio, §. 899.; igualmente se hallan aqui otras tantas: 1) *consentimiento*: 2) *cosa ó trabajo que se da en arriendo*, 3) *merced*, por la cual se arriendan. De donde fácilmente se deduce por qué dice el jurisconsulto, *L. 2. pr. ff.*, que hay mucha semejanza entre estos dos contratos. Ahora hablaremos de cada uno de los requisitos.

§. CMXIX. CMXX.

El primer requisito esencial es el *consentimiento*, porque es contrato consensual, el cual adquiere su fuerza de solo el consentimiento, §. *un. Inst. de contr. consens.* De lo que se saca por consecuencias: 1) que con solo el consentimiento se perfecciona este contrato, y por tanto nace de él la obligacion y accion en el momento que se han convenido en la cosa y merced. Pero asi como digimos en la compra, que si las partes se convenian en reducir á escritura las leyes del contrato no nacia obligacion antes de concluirse el instrumento por medio de la suscripcion ó firma, del mismo modo se observa otro tanto en la locacion y conduccion. *L. 17. C. de fid. instr.* Suelen hacerse muchas veces estas escrituras en los arrendamientos de bienes raices y obras. Pues acostumbrando en ellos los contrayentes ponerse diversas condiciones, se necesita el testimonio de las letras, porque no se olviden aquellas. 2) Que pueden dar y tomar en arriendo todos los que pueden consentir y disponer de sus cosas. Sin embargo, las leyes prohiben á algunos tomar en ar-

riendo; á unos por *necesidad*, á otros por *utilidad de la nacion*, y á otros por *privilegio*. Por *necesidad* estan prohibidos los *decuriones*, quienes si tomasen en arriendo los prédios rústicos, se distraerian de las curias á que estaban adscriptos. *Por utilidad de la nacion* estan prohibidos los militares porque no se aparten de las banderas; los clérigos, porque mezclándose en las cosas y negocios domésticos no sean indolentes en el servicio de Dios; los *curadores y tutores*, á los que se prohibe arrendar las cosas fiscales y señoriles para que no respondan al fisco con bienes afianzados ya á los pupilos menores, pues no bastando los bienes para ambas cosas, se hallarian en concurrencia el fisco y los pupilos. Ultimamente, los hombres de letras tienen el grande privilegio de que no puedan vivir junto á sus casas los artesanos que meten mucho ruido con su trabajo, como cuberos, herreros, tallistas; y asi los estudiosos pueden oponerse si aquellos quisiesen tomar en arriendo habitaciones contiguas. Rebuffo escribió un libro de los privilegios de los que se dedican á las letras, y entre otros muchos muy ridículos reclama este en virtud de la *L. un. C. de studios. libert.* Mas á decir verdad, nada leemos en aquel texto que pertenezca al asunto y demuestre tan gran privilegio. Sin embargo, vemos que todavía está en rígida observancia en algunas provincias y academias de Alemania.

§. CMXXI.

Otro requisito esencial son las *cosas ó traba-*

jos (*Operæ*) que se arriendan. Tales son 1) todas los cosas que tambien pueden venderse, y aun muchas que no pueden venderse, como las cosas eclesiásticas, *cosas de ciudades*, públicas &c. 2) Conviene que estas cosas no sean fungibles, pues en otro caso no se transferiria el uso, sino el dominio. 3) Pueden tambien darse en arriendo todos los trabajos mecánicos, con tal que sean honestos; mas no los liberales, y que se han de prestar con el ingenio. Pues no admitiendo estos estimacion, se sigue que tampoco pueda fijarse merced por ellos. Y de aqui es, que no dan en arriendo sus trabajos los ministros de la iglesia, ni los profesores, abogados &c., sino los artífices y jornaleros. Asi es que á los doctos no se debe merced, sino honorario.

§. CMXXII. CMXXIII.

Por último, falta el tercer requisito esencial, á saber, la *merced*, que cuando se paga por el trabajo, suele tambien llamarse *manu pretium*, (salario por su trabajo. 1) Asi como en la compra y venta debe consistir el precio en dinero contado, lo mismo la merced en la locacion. Pues en el momento que en lugar de merced en dinero se paga cada año otra cosa, por ejemplo, frutos, bueyes, cerdos &c., ya no es locacion, sino el contrato *doy para que dés*; ó si se prestan trabajos por otra cosa, el contrato *doy para que hagas*. Sin embargo, otra cosa ha de decirse (a) si se hubiese fijado cierta merced en dinero, y recibiese el locador en lugar de este dinero trigo ú otra cosa;

pues esto es en cuenta de paga (*in solutum datio*). (b) Si el locador y conductor del prédio rústico se convienen en que el colono pague cada año la mitad de los frutos del fundo, *L.* 23. §. 6. *ff. h. t.*, en cuyo caso se llama el conductor *colonus partiarius* (colono por mitad). Pero si se ha de decir lo que la cosa es en sí, no es ciertamente locacion y conduccion, á no estar estimados los frutos en cierto precio, sino sociedad. Pues el locador pone la cosa, el conductor el trabajo, y el interes y daño es comun, que es la misma naturaleza de la sociedad. Véase á Lauterb., *Diss. de colono partiario.* 2) Asi como en la compra y venta debe ser el precio verdadero, justo, cierto, §. 909., asi son tambien iguales los atributos de la merced en la locacion y conduccion. Pues debe ser (a) *verdadera*, porque de otro modo degeneraria en donacion, *L.* 46. *ff. h. t.* Debe ser (b) *justa*, porque en otro caso se rescindiria, ó se supliria la merced por la *L.* 2. *C. de resc. vend.* Ultimamente, debe ser *cierta* por sí ó por relacion á otra cosa. Por ejemplo: te doy en arriendo tal cosa por la pension que hasta ahora he recibido; te arriendo pcr la pension que Ticio juzgue justa &c. La razon es porque en otro caso no habria consentimiento en una misma cosa. Suele aqui preguntarse, si aquella locacion, por la cual el padre de familias en la parábola de san Mateo 20. 4. 7. envió los operarios á la viña, subsistiria segun nuestras leyes? El padre de familias no prometió nada de cierto á algunos operarios, sino que prometió darles lo que pareciese justo; y en el §. 1. *Inst. h. t.* y en la *L.* 22. *ff. præs. verb.*,

se niega que sea locacion conduccion un contrato de esta clase; pues asi como vimos arriba, §. 909. 3., que no puede quedar el precio al arbitrio del comprador, asi tampoco se deja la merced al arbitrio del locador. Sin embargo, juzgo que la locacion de que habla san Mateo 20. 4. 7., puede tambien subsistir por Derecho civil. Pues la merced diaria de los operarios casi en todas partes está determinada ó por la ley ó por la costumbre, y por tanto es bastante cierta la merced si prometo al mercenario que le daré lo justo. Pues prometo lo que disponen las leyes ó costumbres de cada pueblo.

§. CMXXIV. — CMXXVI.

Llegamos á la *obligacion* que nace de este contrato, que es la cuarta parte de este título. A saber; 1) el locador debe prestar la cosa ó trabajo segun lo prometido, ó si se ha arrendado alguna obra, dar al justo tiempo la merced prometida. 2) El conductor está obligado á pagar en el tiempo señalado la merced ó pension, ó si se ha arrendado obra, á darla hecha y probada, segun lo convenido. 3. Como es igual el provecho de ambos contrayentes, cada uno se debe mútuamente la culpa leve, §. 788. 2. 4) Tambien aqui corre el caso imprevisto á cuenta del dueño, á no ser que le tomase á su cargo el conductor. Y de aqui se sigue, 5) que si el conductor manifiestamente no pudiese usar de la cosa, tambien cesaria la merced; y si en parte solamente pudiese gozar de ella, se rebajaria de la pension tanto cuanto exija la equidad, *L.* 15. §. 1. *sig. L.* 25. §. 1. *L.* 33. *al fin. h. t.* 6. Ordinariamente ha de continuar el

contrato por el tiempo señalado, de suerte que los herederos esten obligados en virtud de la locacion y conduccion del difunto por el tiempo determinado, *L.* 19. §. 8. *ff. h. t.*, á no ser que se hayan arrendado trabajos, los cuales muerto el locador no se han de prestar por los herederos, por cuanto lo que se ha elegido fue la industria de la persona, *L.* 31. *ff. de solut.* 7) Sin embargo, puede concluirse la locacion antes de tiempo por ciertas causas espresas en el párrafo; en cuyo caso, no obstante, si lo hace el locador sin culpa del conductor, está obligado aquel á resarcir á este el perjuicio. 8) Ultimamente, si el conductor permanece con la cosa arrendada fuera del tiempo prefijado, y lo tolera el locador, se entiende renovado el arrendamiento, y esto con las mismas condiciones que anteriormente, *L.* 13. §. *ult. ff. h. t.* Esto se llama *relegatio* ó *locatio tacita.* (locacion tácita.)

§. CMXXVII — CMXXIX.

Faltan las *acciones* que nacen de este contrato; las cuales proviniendo de un contrato nominado, es consiguiente que tambien lleven el mismo nombre, y que por tanto se llamen *locati conducti* (de lo arrendado.) §. 779. Una y otra es directa, porque el locador y conductor se obligan mútuamente desde el principio y por la misma naturaleza del contrato; aquel á entregar el uso de la cosa ó los trabajos, y este á pagar la merced, pension ó alquiler, §. 782. Asi que, por la accion *locati* obra el locador contra el conductor

y sus herederos, porque se pague la merced y las usuras desde su demora, y tambien acabada la locacion, para que se restituya la cosa y se resarza el daño causado aun por culpa leve, §. 924. Y por la accion *conducti* obra el conductor contra el locador, á fin de conseguir todo lo que aquel puede exigir de este por las leyes de este contrato; de donde fácilmeute se deduce que ambas acciones son de buena fe, §. 781. *L.* 54. *ff. L.* 17. 5. *h. t.* §. 28. *Inst. de action.*

Del contrato de enfitéusis.

§. CMXXX.

I. No es este tratado un título particular de la Instituta, sino un apéndice del tít. 25. Habiéndose dicho arriba que antes del tiempo de Zenon no era la enfitéusis un contrato especial, sino que unos lo acostumbraban referir á la compra y venta, y otros á la locacion y conduccion, preferimos tratar de él separadamente, por cuanto en realidad ni es locacion conduccion, ni compra y venta, *L.* 1. *Cod. de jure emphyt.* Por lo demas este contrato es el único que tiene nombre griego, de lo cual no sin fundamento colige J. Schiltero que empezó á conocerse desde el tiempo del gran Constantino, cuando se trasladó la silla del imperio de Roma á Constantinopla. Se llama enfitéusis de un verbo griego que significa plantar, porque era lo regular entregarse por cierto cánon campo incultos con la condicion de que se cultivasen; del orígen de cuyo uso diremos algo toman-

do las cosas desde mas alto. Los romanos tenian admitido el principio de que á aquel cuya era una provincia, pertenecian tambien todos los campos ó terrenos de la misma. Asi que, vencida una nacion, todos los particulares de ella perdian el dominio de sus tierras, y estas por consiguiente se hacian públicas. Como el pueblo en su totalidad no podia cultivarlas, ni percibir sus frutos, solian adoptar tres arbitrios. O bien por medio de una ley agraria se llevaban colonias á la provincia nueva, y se repartian los campos entre los nuevos colonos, ó bien arrendaban las tierras cultivadas á sus primitivos poseedores, ó á los nuevos con la condicion ó gravámen de que habian de pagar una cuota anual, v. gr. la décima parte de los frutos; y estos campos se llamaban entonces *vectigales*, de la cuota ó *vectigal* arriba dicho; ó finalmente, se daban los terrenos incultos y aun no descuajados á otras personas con la obligacion que habian de cultivar estos terrenos y pagar un moderado cánon anual, quedándose con el dominio útil; cuyos terrenos ó campos llevaban el nombre de *enfiteuticarios*. Y he aqui por qué en las Pandectas vemos el título *si ager vectigalis*, *id est*, *emphiteuticarius pet.* Esta costumbre tenian los romanos, y la misma observaban los municipios y colonias; pues tambien estas ciudades poseian campos bastante estensos, de los cuales sacaban con que sostener las cargas de la república. Estos campos tambien eran arrendados por cierto tributo ó *vectigal* anual, ó dados en enfitéusis por un cánon anuo. Esto mismo imitaban por último los particulares; de manera que

desde el cuarto siglo de la era cristiana nada fue tan frecuente como este contrato. Esta materia está tratada con mucho tino por Ped. Burmano *de vectig. P. Rom. p. 128 sig. p. 148 sig.*

§. CMXXXI. CMXXXII.

La palabra enfitéusis puede empero considerarse de dos maneras; ó como *derecho en la cosa*, ó como *derecho á la cosa*. Porque si por ejemplo, yo prometo á otro un terreno por cierto cánon, este sugeto en virtud de esta promesa ó contrato tendrá tan solo derecho á la cosa, y por una accion personal podrá obligarme á que le entregue dicho terreno, pues que su derecho nace de mi obligacion, §. 767. Por el contrario, cuando el campo está ya entregado, al instante recibe el poseedor un *derecho en la cosa*. Y en efecto, adquiere un dominio no pleno á la verdad, pero sí útil; de suerte que hace suya la cosa, dispone de ella, la vindica, y percibe todos sus frutos con tal que pague todos los años el cánon convenido. Dije que el enfitéuta se hacia sí dueño, pero no pleno; porque al modo que en el dominio menos pleno hay dos dueños, uno llamado *directo* y otro *útil*, asi tambien sucede otro tanto en la enfitéusis. El que dió el campo por cierto cánon se llama *señor directo de la enfitéusis*, y el que recibe este campo y paga el cánon, tiene el nombre de *señor útil* ó *enfitéuta*. Hay algunos que sostienen que el enfitéuta no adquiere dominio, y entre ellos con especialidad Harprecto en su *Comment. ad* §. 3. *Inst. h. t. tom. III. de sus*

obras, fundándose en que la *L.* 1. §. 1. *ff. si ager vect. emphyteut.* niega ser dueño el enfitéuta; de donde infieren que mas bien que otra cosa es un usufruto la enfitéusis. Pero á esto respondemos: 1º que si en dicha *L.* 1. §. 1. se niega que el enfitéuta sea dueño, es porque no tiene el dominio pleno, no porque no tenga parte de dominio. 2º No puede llamarse el enfitéuta usufructuario, por cuanto dispone libremente de la cosa entre vivos y por causa de muerte, la transmite á todos los sucesores asi universales como singulares, y hace en el fundo mismo las mudanzas que se le antojan: cosas todas que, segun hemos visto arriba, no puede hacer el usufructuario, y sí el enfitéuta, como despues diremos. 3º El enfitéuta es llamado espresamente dueño en la *L.* 12. *pr. C. de fund. part.* 1. *ult. C. de cens. et censit. L.* 1. *L.* 8. *L.* 11. *C. de omn. agr. desert.* Por lo demas, si se considera que estamos tratando la materia de contratos, fácilmente se echará de ver que aqui no consideramos la enfitéusis como derecho en la cosa, sino como derecho á la cosa, obligacion ó contrato. Asi pues, esplicaremos brevemente: 1º qué viene á ser contrato de enfitéusis, §. 933. 934.: 2º cuáles son los derechos del enfitéuta, §. 935. 936.: 3º cuál es su obligacion, §. 937.: 4º cómo se acaba la enfitéusis, §. 938.; y 5º qué acciones nacen de este contrato, §. 939: 940.

§. CMXXXIII. CMXXXIV.

Qué cosa sea el contrato de enfitéusis, lo sabremos parte por la definicion y parte por los

axiomas que se derivan de ella, y que tambien espondremos. La definicion está concebida en estos términos: *es un contrato consensual por el que se concede á otro el dominio útil de un prédio, para siempre ó para largo tiempo, por cierto cánon anuo que se debe pagar en reconocimiento del dominio.* Decimos que es un *contrato consensual*, pues esta es la naturaleza que le atribuyó Zenon, segun consta de la *L. 1. C. de jur. emphyt.*, y del §. 13. *Inst. h. t.*: y como para que valga un contrato consensual nada mas se requiere que el consentimiento de ambos contrayentes, §. 895., se deducen dos axiomas: 1º que el contrato está perfeccionado tan pronto como consienten los contrayentes; y 2º que la escritura solo se requiere para prueba, especialmente segun la *Nov. VII. pr.*, y la *Nov. CXX.* en la enfitéusis eclesiástica. De un modo diverso opina Pagenstechero en sus *Aphor. h. t.*, pues considera como literal este contrato, y por consiguiente cree que las letras pertenecen á su esencia. Pero esto seria contra la naturaleza de los contratos consensuales, que no necesitan de letra á no ser que entre los contrayentes se convenga en reducir á escrito las condiciones y leyes del contrato. En el §. 3. *Inst. h. t.*, se hace tambien mencion de escritura, mas no porque ella entre en la esencia de este contrato, sino porque nadie es tan necio que dé sin escritura á otro un campo enfitéutico, siendo de temer que con el transcurso del tiempo niegue el poseedor la cualidad enfitéutica del terreno, y quiera quedarse con el dominio pleno. En cuyo caso el dueño de la enfitéusis, destituido de

esta escritura no tendrá ninguna prueba en su favor. Decimos por último en la definicion que es un contrato consensual para *conceder el dominio útil*, porque del contrato no nace dominio, sino que tan solo se promete, y el dominio se adquiere por subsiguiente tradicion. Y de aqui el tercer axioma, segun el cual el derecho en la cosa se deriva de la tradicion que sigue á este contrato. La razon de esto queda espuesta en el §. 339. Finalmente, añadimos en la definicion *por cierto cánon anual que se debe pagar en reconocimiento del dominio*; sobre lo cual se debe notar la diferencia que media entre la locucion conduccion y la enfitéusis. Porque 1º el conductor paga una *merced*, y el enfitéuta un *cánon*: 2º aquella es proporcionada á los frutos ó productos de la cosa, y este moderado, y con frecuencia en sumo grado ínfimo: 3º aquella se paga por el uso de una cosa agena, y este por una cosa propia en reconocimiento del dominio superior ó directo.

§. CMXXXV. CMXXXVI.

Hemos visto lo que es el contrato enfitéutico; ahora trataremos de los *derechos del enfitéuta*, los cuales consisten parte en disponer y enagenar, y parte en percibir los frutos y usar de vindicacion. Todo esto esplicaremos por su orden. 1º El enfitéuta percibe todos los frutos, aun los tesoros que se encuentren, porque es señor útil; y aun cuando este caso del tesoro no se halle decidido en las leyes (razon porque Harprechto y otros

sostienen que el tesoro encontrado en el fundo enfitéutico no pertenece al enfitéuta, pues tampoco el usufructuario se queda con ningun tesoro, *l. 7. §. 12. ff. sol. matr.)*; no obstante, repugna á la analogía del Derecho el argumento deducido del usufructo para aplicarse al dominio. El dueño sin duda alguna recoge de su cosa todos los frutos, no solo los ordinarios, sino tambien los estraordinarios. 2º Puede tambien el enfitéuta imponer servidumbre en el fundo, lo cual no es permitido al usufructuario; puede igualmente mudar la superficie del terreno, cosa que tampoco el usufructuario no podia, *l. 13. §. pen. l. 44. ff. de usufr.* Puede empeñar, dar, permutar, todo lo cual escede las facultades del usufructuario. Empero cuando decimos que el enfitéuta puede mudar el aspecto del fundo, no queremos dar á entender que pueda empeorar el campo. Esto seria contrario al fin de la enfitéusis, la cual queda dicho se estableció para que el campo inculto se cultivase, y por consiguiente se mejorase, *Auth. qui rem, Cod. de S. S. eccl.* 3º Puede el enfitéuta vender la cosa, pero con la obligacion de denunciar al señor esta venta. Esto no quiere decir que se requiera el consentimiento del señor, como sucede en los feudos; sino que si se necesita esta denunciacion, es porque al señor conceden las leyes el derecho de *protimiseos*, y por tanto puede deliberar si comprará él mismo ó no comprará la cosa. Por eso si el señor no quiere comprar, ó no declara su voluntad dentro de dos meses, puede entonces el efitéuta vender la cosa segun le plazca, *L. 3. C. de jur. emphyt.*

4º Al modo que recoge todos los frutos de la cosa enfitéutica, con razon debe tambien pagar los tributos y demas pensiones anejas á la misma cosa, y está obligado á mostrar al señor los recibos, siempre que este quiera revisarlos, *l.* 2. C. *eod.* 5º Y por cuanto es un efecto del dominio que el dueño pueda vindicar su cosa de cualquier poseedor, el mismo derecho compete tambien al enfitéuta; quien aun del mismo señor de la enfitéusis puede vindicar el fundo enfitéutico, *l.* 1. §. *ult. l. ult. ff. h. t.* Puede parecer estraño y absurdo esto de que yo vindique la cosa del mismo dueño de ella; pero la dificultad se salva, diciendo que el enfitéuta vindica el dominio útil del señor directo, á quien no compete este dominio. Del mismo modo tambien el señor directo puede vindicar su dominio de cualquier poseedor, hasta del mismo enfitéuta. 6º Finalmente, asi como es un derecho propio del dueño el transmitir una cosa suya á herederos y á estraños, ó por última voluntad, ó abintestato, así tambien goza de igual derecho el enfitéuta. Pero debe notarse que si la cosa enfitéutica se devuelve al heredero, nada hay que pagar; pero si es á estraños, estos tienen que pagar al señor el *laudemio*, que segun las leyes consiste en la quincuagésima parte del precio, v. gr. en el dos por ciento. Asi es que se tasa el prédio enfitéutico, y si su precio es por ejemplo de dos mil florines, por via de laudemio se pagarán cuarenta, *L.* 3. *C. de jure emphyt.* Pero las costumbres en esta parte son muy varias, y sobre esta materia escribió el célebre jurisconsulto

Franzkio un tratado particular, en que con claridad espone lo que sobre esta materia se observa en varias naciones.

§. CMXXXVII.

Vamos ahora á tratar 3º de las *obligaciones del enfetéuta.* Estas consisten 1º en el cánon anuo que debe pagar puntualmente al tiempo convenido. Si pues no paga al dueño secular dentro de tres años, ó á la iglesia dentro de dos, el enfitéuta pierde su derecho. *L.* 2. *C. de jure emphyt. Nov. VII. C.* 3. §. 2. Ademas de observarse 2º que este cánon no se perdona, aun cuando el enfitéuta no pudiese usar del campo ni percibir frutos de él por esterilidad, incursion de enemigos ú otro caso fatal, *L.* I. *C. de jure emphyt.* Otra cosa digimos estar dispuesta por derecho en la locacion conduccion, §. 924. 6. Por qué tanta variedad? La razon de la diferencia está en que la merced se paga en la locacion conduccion por el uso de una cosa agena; y por consiguiente, cesando el uso tambien debe cesar la merced. Pero el cánon se paga por el enfitéuta en reconocimiento del dominio, §. 933.; y por lo mismo que pueda que no pueda usar de la cosa, debe no obstante reconocer el dominio, y por tanto pagar el cánon. De lo cual por último se deduce 3º que pereciendo todo el fundo por un terremoto ó inundacion, tambien debe cesar el cánon; porque una cosa que ya no existe no puede tener dueño. Luego en este caso nada puede pagarse en reconocimiento del dominio. *L.* I. *C. de jure emphyt.*

§. CMXXXVIII.

4º Los modos con que se acaba una enfitéusis se deducen fácilmente de la misma naturaleza del contrato. 1º El primer modo es la *destruccion de la cosa*, y de él se ha tratado en el §. anterior. Las cosas que no existen no pueden tener ningunas cualidades, ni dueño, ni prestar utilidad alguna. 2º El segundo es la *consolidacion.* Ya sea pues que el dueño directo adquiera con cualquier justo título el dominio útil, ya el dueño ó enfitéuta el dominio directo, el campo deja de ser enfitéutico, y pasa al pleno dominio del poseedor. 3º El tercero es la *prescripcion.* Porque si por espacio de diez años, estando el dueño presente, ó de veinte estando ausente, el enfitéuta no pagase el cánon, y el dueño permaneciere tranquilo, el enfitéuta adquiere por la prescripcion el dominio pleno, *L.* 15. §. 27. *C. de damn. infect.* 4º El cuarto modo es la *tardanza ó morosidad consentida en pagar el cánon.* Porque si el enfitéuta no pagare al dueño secular dentro de tres años, ó á la iglesia dentro de dos el cánon convenido, ya digimos poco antes que podria ser echado y privado del campo. No obstante, por derecho canónico, *C. ult. X. de locat.*, si antes de que el dueño trate de echar un enfitéuta, ofrece todavía este el cánon purgando asi la tardanza, la privacion cesa, porque se considera que el dueño al recibir el cánon perdonó esta tardanza al enfitéuta. 5º El quinto modo es la *venta de la cosa hecha sin conocimiento del dueño*, del cual hemos hablado en

el §. 935. 3. 6º El sesto y último modo es si el fundo dado en enfitéusis en vez de mejorarse se empeora en sumo grado; pues repugnando esto al fin del contrato enfitéutico, que es el cultivo de un campo inculto y su mejora, con razon pierde el tal campo el que directamente contraviene este fin, *Auth. si rem*, *C. de SS. eccles.*

§. CMXXXIX. CMXL.

Falta la quinta y última parte de este apéndice, en la cual hablaremos de las *acciones* que resultan de este contrato. Las que de él derivan son dos, porque ambos contrayentes por la misma naturaleza del contrato se obligan á algo, el señor á entregar el fundo, y el enfitéuta á pagar el canon. Luego siendo el contrato bilateral, preciso es que las acciones que de él nacen sean dos, y estas directas, §. 782. Ademas, siendo este contrato nominado, las acciones serán tambien del mismo nombre, *enfiteuticarias*. Una corresponde al enfitéuta contra el señor para que entregue la cosa ó prédio segun las leyes del contrato. La otra pertenece al señor contra el enfitéuta para que este pague todo lo que debe por el contrato, v. gr. el cánon, laudemio &c. Ambas acciones son personales, porque nacen de un contrato de buena fe que es bilateral. Si pues tanto el enfitéuta como el señor intentan accion contra un tercero, esta accion será reivindicatoria, la cual no pertenece á este tratado.

TITULO XXVI.

De la sociedad.

§. CMXLI. _ CMXLIII.

El cuarto contrato consensual es la *sociedad*, y acerca de él se tratará de esplicar: 1º qué cosa sea, §. 941. 943.: 2º de cuántas maneras, §. 944.: 3º cómo se entabla, §. 945. 946.: 4º cuál es la obligacion recíproca de los socios, §. 947. 948.: 5º cómo se disuelve, §. 949. 950.: 6º qué accion resulta de este contrato, §. 951. 952.

I. Por lo que hace á la primera parte daremos la definicion de la sociedad. Mas para que esta no se confunda con la *comunion de cosas* espondremos las principales diferencias. (a) La sociedad es un contrato; la comunion de cosas un cuasi contrato. (b) Aquella se entabla por verdadero consentimiento de los socios; en este tambien entramos contra nuestra voluntad, por ejemplo, si á mí y á Ticio se nos da, lega &c. una cosa. (c) De la sociedad nace la accion *pro socio* meramente personal; de la comunion de cosas se deriva la accion *communi dividendo*, que es de naturaleza mixta. Tratemos ya de la sociedad. Esta es *un contrato consensual entablado para comunicarse los bienes ó la industria con el fin de obtener una ganancia comun.* Decimos que es un *contrato consensual*, porque se perfecciona con el solo consentimiento, de manera que no se necesita escritura ni otra cosa alguna para perfeccionar este contrato. Es verdad que deben los socios en-

tregar el dinero que han prometido reunir en comun, pero esta tradicion es un efecto del contrato, como sucede en la venta, y no pertenece á su esencia. Mas es; en la sociedad universal ni siquiera se necesita de tradicion, porque se presume hecha, *L.* 1. §. 1. *l.* 2. *ff. h. t.*, á escepcion de los nombres, es decir, obligaciones y acciones, para comunicar las cuales, por ser inherentes á la persona, ni aun basta la tradicion, sino que se requiere una cesion mútua, *L.* 3. *ff. eod.*, que en las letras de cambio tiene un nombre particular, y se llama *endoso.*

§. CMXLIV.

II. Ahora vamos á ver de cuántos modos es la sociedad. Se divide en *universal*, *general* y *singular.* Universal es cuando los socios se comunican todos los bienes presentes y futuros, con cualquier título que sean adquiridos, *L.* 5. §. 1. *ff. h. t.* Tal es la que habian entablado los primitivos cristianos, quienes reunian en comun todos sus haberes, de suerte que ninguno de ellos decia esto es mio, *Act. Ap.* 4. 32. Tal es tambien la que hoy se observa entre los monges y monjas, cuyas moradas tomaron el nombre de Cenobios, de su vida comun, de cuyo vocablo usaban tambien los antiguos Pitagóricos, segun Jamblicho, *vid. Pyth.* Se llama sociedad general cuando los socios se comunican recíprocamente lo que proviene de las ganancias, no lo demas que se adquiere por beneficio de la fortuna. Este es mas raro, no obstante que en algunos parages se observan entre

los cónyuges, los cuales tienen en comun lo que adquieren durante el matrimonio, bien que lo que les viene por herencia ú otro título lo reserva cada uno para sí. Finalmente, hay sociedad singular cuando esta se entabla para una sola cosa ó negocio, *L.* 5. *pr.* 52. §. 5. *ff. h. t.* Estas son muy frecuentes entre los comerciantes, y se llaman compañías.

§. CMXLV. CMXLVI.

III. Con esto se entenderá fácilmente cómo se contrae esta sociedad. Todo viene á parar en que se entabla por *consentimiento*, y de aqui se infiere: 1º que tambien es válida una sociedad desigual, *L.* 5. §. 1. *ff. pro soc.* Asi, por ejemplo, si Ticio pone veinte mil, Mevio diez mil y Javoleno ochenta mil, no menos socios serán que si cada uno pusiese una misma cantidad. 2º Y aun valdrá la sociedad en que uno ponga la cosa y otro la industria, *L.* 1. §. 1. *ff. eod.*; v. gr. si Ticio pone veinte mil, Mevio quince mil, y Sempronio promete dirigir toda la negociacion, emprender viages, mantener la correspondencia &c., este será socio aunque no ha puesto ningun dinero. Aqui deben no obstante observarse dos cosas: (a) que la industria ó trabajo debe ser honesto y lícito. Asi pues, si uno de los socios promete contribuir al adelantamiento de la sociedad engañando á los compradores y defraudando á la real hacienda, esta sociedad será nula, *L.* 52. §. 17. *L.* 53. *ff. pro soc.*; porque sobre las cosas torpes, como moralmente imposibles, no puede haber ninguna obligacion. (b) Va mucha diferen-

cia en que uno ponga su industria como socio, ó en que lo haga como factor por cierto estipendio. En este último caso el que pone la industria no es participante de los daños, y debe contentarse con su salario, y si se le niega este, puede pedirlo, no por la accion *pro socio*, sino por la accion *locati*. 3º Es nula la sociedad que se contrae por causa de donacion, por ejemplo esta: yo pondré veinte mil, tú diez mil; todo lo que se gane será tuyo, y los daños serán comunes. Vale sí como donacion este convenio con tal que si escede de quinientos sólidos se registre en las actas, pero no vale como sociedad, porque esta se entabla para conseguir una ganancia comun. Y asi es como debe entenderse la *L*. 5. §. *ult*. *ff*. *pro soc*. 4º Por último, tampoco es lícita la sociedad leonina, nombre que se da al convenio por el cual uno estipula para sí toda la ganancia, y el otro se obliga á sufrir todos los daños, *L*. 29. §. 2. *ff*. *h*. *t*. Llámase *leonina* de la conocida fábula de Fedro, *fab*. 5., en que el leon entabló con otros animales una sociedad de caza, y despues haciendo una graciosa reparticion, él solo se quedó con toda la presa, dejando chasqueados á sus socios.

§. CMXLVII. CMXLVIII.

IV. Ahora corresponde hablar de la obligacion de los socios, que principalmente se reduce á dos capítulos: 1º que el socio preste al socio cierta diligencia en la cosa comun: 2º que las ganancias y perjuicios se dividan entre los socios. Por lo que hace á la *primera* obligacion, se ha de notar

acerca de ella: (a) que el socio está obligado en concreto á pagar la culpa leve al socio. Qué cosa sea culpa leve en concreto, ya queda dicho en el §. 789., donde á la verdad no se considera la diligencia que suele usar en negocios propios un padre de familia bueno y frugal, sino la que un socio emplea en una cosa propia. La razon que dan de esto vulgarmente, es que el mismo socio se suele escoger compañero, y por tanto debe contentarse con la industria de este. Pues esta razon no basta, porque el mismo derecho se observa en la comunion de cosa, *L.* 25. §. 16. *ff. fam. ercisc.*, en la cual sin embargo entramos contra nuestra voluntad, *L.* 31. *L.* 32. *L.* 37. *ff. pro soc.* Luego mas bien debe decirse que la razon porque se exige menor diligencia, es porque el socio debe imputarse el no haberse apartado de la sociedad contraida con un hombre negligente. (b) Que este contrato es famoso, y por tanto se hace infame el que es condenado en virtud de una accion de dolo *pro socio*, *L.* 1. *ff. de his qui not. infam.* En efecto, los socios son como hermanos, *L.* 63. *ff. pro soc.*; y qué cosa mas torpe que el que un socio sea engañado por otro socio, y un hermano por un hermano? (c) Que el socio, á la manera de un hermano, debe al sócio el beneficio de competencia, *L.* 63. *pr. ff. eod.*; es decir, que el socio reconvenido y condenado no presta mas que lo que puede pagar, de cuyo beneficio se hablará mas abajo en el §. 1199. y sig. La *otra* obligacion de los socios consiste en la igual division de las ganancias y los daños. Sobre esto debe observarse, (a) que en la sociedad

universal no se requiere ninguna igualdad, *L.* 37. *pr.* §. 1. *ff. h. t.* Por eso si los bienes de Ticio son cincuenta mil, los de Mevio doce mil, y aquel necesita todos los años para sustentar á su familia dos mil, y este tres mil, ninguno de ellos sin embargo puede quejarse de desigualdad, si una vez hubieren entablado sociedad universal. (b) En la sociedad singular debe observarse la igualdad. Disputan si ha de ser la *geométrica*, de manera que la ganancia y el daño se distribuya entre nosotros á prorata, ó la *aritmética*, por la cual la ganancia y el daño se divide por iguales partes. Nosotros esplicamos esto de la manera siguiente: (*a*) si se han espresado partes en la sociedad entablada, se deben observar y tenerse presentes, aun cuando sean desiguales. Por ejemplo: si Ticio pone veinte mil, Mevio quince mil, aquel estipula para sí la mitad de la ganancia, este la otra mitad. Esta division valdrá porque los pactos hacen ley en los contratos, *L.* 29. §. 1. *ff. h. t.* (*b*) Si nada se ha convenido, se guarda la proporcion *geométrica*, que es decir, que cuanto mas puso cada uno, mas ganancia y daño recibirá, *L.* 6. *L.* 80. *ff. eod.* Esta proporcion la suelen los aritméticos sacar por la regla que llaman de sociedad, v. gr. si Ticio puso diez y ocho mil, Mevio nueve mil, Sempronio tres mil, y con esta suma han ganado quince mil, esta ganancia se recibirá de suerte que Ticio reciba nueve mil, Mevio cuatro mil quinientos, y Sempronio mil quinientos. (*c*) Si uno puso los fondos y otro la industria, este es participante de las ganancias segun las leyes del contrato, pero del capital nada

recibe porque tampoco nada puso que pueda repetir como suyo al disolverse la sociedad.

§. CMXLIX. CML.

Hemos dicho cómo se entabla la sociedad, y cuál sea la obligacion de los socios. Ahora se pregunta: IV. cómo se disuelve. Las modos con que esto se verifica son varios. 1º El primero es la *muerte*, aunque no sea mas que de uno solo de los socios, §. 5. *Inst. h. t.* Y no importa que la muerte sea natural ó civil, porque tanto los siervos como los deportados se reputan por muertos, *L. penult. ff. de R. J.* Mas es, que aun cuando entre los socios se conviniere que la sociedad pase á los herederos, este pacto sin embargo no vale, ni impide el que la sociedad se disuelva por muerte de uno de los socios, *L. 35. L. 59. ff. pro soc.* Todo esto es singular, pero este contrato es odioso por el inconveniente de las discordias que suelen originarse de una sociedad, y de tal naturaleza, que lo que se elige es la industria de una persona, y esta no tiene relacion con los herederos. 2º Otro modo de acabarse es el *mútuo disentimiento*; porque qué cosa mas natural que el que una cosa se disuelva del mismo modo que se ha unido? *L. 35. ff. de R. J.* Asi pues, entablándose la sociedad por consentimiento, por qué no ha de disolverse por disentimiento mútuo? *L. 63. §. ult. ff. h. t.* 3º El tercer modo es la *renuncia de uno*, lo cual aqui y en el mandato es singular, pues en estos contratos el uno puede eximirse de la obligacion contra la voluntad del otro. En el

mandato se verifica esto asi, por cuanto se elige la industria de la persona; no apareciendo la cual, el mandante revoca el mandato. Pero en la sociedad milita ademas otra razon, y es el ser orígen de discordias. Por esto las leyes quisieron mas bien dar libertad á cualquiera de los socios para renunciar la sociedad, que permitir el que esta fuese un manantial de pleitos y disensiones. Mas qué sucederá si se conviniere que la sociedad dure hasta cierto tiempo ó para siempre? Qué sucederá si los socios renunciaren al derecho de que acabamos de hablar? Apesar de todo esto podian los socios apartarse de la sociedad segun su antojo, *L.* 14. *L.* 70. *ff. eod.* Solamente el dolo es el que no favorecen las leyes, y por tanto seria nula la renuncia si uno de los socios renunciase fraudulenta é intempestivamente estando ausente el otro socio; por ejemplo, el que entabló una sociedad universal hace su renuncia porque ve que está para tocarle una herencia que él no quiere comunicar con el socio, §. 4. *Inst. h. t.* 4º El cuarto modo es la *conclusion del negocio* por el cual se entabló la sociedad; por ejemplo, si formamos sociedad para comprar y vender trigo, en haciéndose esto estará la sociedad concluida. 5º El quinto modo es el *tiempo* por el cual se entabló la sociedad, v. gr. una sociedad formada por cinco años espirará pasados estos; lo cual no es de estrañar cuando aun antes de acabarse este tiempo es lícito apartarse de ella. 6º El sesto modo es la *cesion ó publicacion de bienes.* Ya sea pues que el socio oprimido por la magnitud de las deudas ceda sus bienes á los

acreedores, ó que por algun delito se le hayan confiscado sus bienes, la sociedad espira porque no queda nada en que puedan ser socios, *L.* 65. §. 1. 2. *ff. h. t.* 7º Finalmente, el último modo es la *destruccion de la cosa* por la misma razon. Si pues dos comerciantes son socios en una tienda comun, si esta se quema cesará la sociedad, á no ser que de nuevo la entablaren, *L.* 63. §. *ult. ff. eod.*

§. CMLI. CMLII.

V. Falta hablar de la accion que nace de este contrato. Se llama *pro socio*, porque de un contrato nominado debe resultar una accion del mismo nombre. Es por ambas partes directa, por cuanto el socio se obliga al socio desde el principio y por la misma naturaleza del contrato, y porque se da á un sócio contra el otro para conseguir todo aquello que uno debe al otro por este contrato. Y se dará tambien despues de concluida la sociedad para la reparticion de los bienes comunes? No por cierto, porque para esto hay la accion *communi dividundo*, *L.* 1. *ff. comm. div.*, de que se hablará en el tit. 28. §. 983.

TITULO XXVII.

Del mandato.

§. CMLIII. CMLIV.

La última especie de contratos consensuales es el mandato, y acerca de él se esplicará: 1º qué

cosa sea, §. 953. 954.: 2º de cuántas maneras, §. 955. 958.: 3º cuál es la naturaleza de este contrato, §. 959. 960.: 4º cómo se acaba, §. 961.: 5º qué acciones nacen de este contrato, 992. 964.

I. Que cosa sea mandato lo manifiesta la definicion. *Es un contrato consensual por el cual uno se encarga de administrar y dirigir gratuitamente un negocio honesto que otro lo encomienda por la confianza que en él tiene.* Decimos que es un *contrato* porque antignamente no lo era, sino tan solo un negocio que se solia hacer entre amigos, sin que produjese obligacion perfecta unida con coaccion, sino imperfecta, por parecer que pecaba contra lo honesto y las leyes de la amistad el que frustraba la esperanza de su amigo. Observa esto Ger. Noodt. en sus *Coment. ad Pandect. h. t. p.* 371. *t.* 2. de sus *Ob.* . y en el *lib. IV. cap.* 12. §. 1. *Probabil.*, y segun Plauto, *Captiv. Act. II. Scen. III. v.* 32., nota que antiguamente los amigos al hacerse un encargo se daban su mano derecha. Por eso tambien en Plauto dice Tíndaro estas palabras: *Hæc per dextram tuam te, dextera retinens manu obsecro, infidelior mihi ne suas, quam ego sum tibi.* Y asi es que se llamó mandato de la palabra latina *manusdatio*, segun S. Isidor., *Orig. lib.* 4. *cap.* 24. Asi sucedió en los tiempos antiguos. Mas como despues empezase á notarse perfidia en los hombres, pareció conveniente á los romanos dar al mandato la naturaleza de los contratos, y conceder por el una accion particular. Decimos ademas que es un contrato *consensual*, porque se requiere verdadero consentimiento por ambas par-

tes. Por esto, si uno toma sobre sí correr con los negocios de otro que lo ignora, no será esto mandato, sino una *agencia de negocios*; será no un verdadero, sino un cuasi contrato. Decimos por el cual uno se encarga de administrar y dirigir un negocio honesto que otro le confia, porque si el negocio no se nos encarga por confianza, sino por orden de alguno en cuya potestad estamos, no es esto mandato, sino *precepto*. Si no se encarga una cosa, sino que tratamos de persuadírsela á otro, dejándole facultad para que la haga ó deje de hacerla, esto será *consejo*. Si no se trata del negocio de otro, sino del de un tercero, es *recomendacion*, y en ninguno de estos dos casos existe obligacion ninguna. Por último, añadimos *gratuitamente*, porque si nos encargamos de un negocio ageno por cierta merced, será *locacion*; y si por otra cosa ó hecho, será contrato *facio ut des*, ó *facio ut facias*: cosas todas fáciles de distinguir del mandato.

§. CMLV. _CMLVIII.

II. Hasta aqui hemos esplicado qué cosa es mandato, ahora veremos de cuántas maneras sea. Tiene muchas divisiones: 1º uno es *espreso*, que se hace con palabras ya habladas, ya escritas; y otro *tácito*, que se hace con un hecho del cual puede inferirse que hay consentimiento. Por ejemplo: si uno ve á otro dirigir sus negocios y calla y lo consiente, parece que aqui media mandato, *L.* 9. §. 7. *ff. mand. L.* 60 *ff. de R. J.* Podemos añadir otro tercer miembro, á saber; mandato *presunto* que se colige de parentesco ó

alleganza. Si v. gr. el marido desempeña negocios de su muger, aunque no presente mandato, se presume no obstante que lo tiene. Pero en este caso siempre exige el Derecho una caucion de que la cosa se tendrá por valedera. *L.* 35. *pr.* *L.* 40. *ult. ff. mand.* 2º Un mandato se llama *general* en el que se encomiendan á otro todos los negocios ó bienes; y otro *especial* por el que se confia cierto negocio particular. 3º Uno es *judicial* por el que se encargan negocios judiciales; y otro *estrajudicial* por el que se confian negocios domésticos y estrajudiciales. 4º Uno es puro, v. gr. cuando se dice: haz este negocio; y otro para cierto dia (*in diem*); por ejemplo, te encargo este negocio si te hicieres doctor en leyes. 5º Uno es *en cosa suya*, y otro *en cosa agena.* El primero es si alguno se encarga de un negocio ageno, pero de suerte que perciba de él toda la utilidad; el segundo si uno toma sobre sí un negocio ageno para utilidad agena. El segundo es el que se hace ordinariamente; el primero se verifica por cesion. Pues si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdan me debe mil, y yo cedo esta suma á un hermano, en este caso el hermano obra contra el comerciante como mandatario mio, porque á él nada se le debe. Mas por cuanto si sale victorioso adquiere para sí estos mil, se dice que es mandatario en cosa suya, *L.* 33. §. 1. *L.* 36. *ff. de procur.*

§. CMLIX. CMLX.

III. Ahora exige ya el orden que tratemos de la naturaleza del mandato, y de lo que dispone

el Derecho acerca de él. Lo manifestaremos brevemente por medio de siete conclusiones derivadas de la definicion. A saber; 1º el mandato se contrae con solo el consentimiento de ambos por ser contrato consensual. Pero añadimos dos cosas; una es que en juicio suele sí exigirse mandato por escrito, pero esto no es sino por causa de prueba, para que conste al juez y al contrario que es verdadero procurador; por lo cual esta escritura no pertenece á la sustancia del contrato. Otra es que la ratificacion se tiene por consentimiento, pues se retrotrae al principio del negocio, *L.* 50. *ff. mant.* 2º No se puede mandar una cosa ilícita, ni de semejante contrato resulta obligacion, §. 7. *Inst. h. t.* De aqui es que si uno manda á un ladron que mate á Mevio, el ladron aunque se encargase de este mandato no por eso queda obligado por él. Decimos que de este contrato no nace obligacion ninguna, aunque por el delito se obligan ambos al castigo. 3º El mandato no admite merced, sino tan solo honorario, cuya diferencia de la merced hemos esplicado arriba en el §. 800. Por eso los procuradores judiciales son mandatarios aunque no acostumbren hacer nada de valde. Y esto es comun á todos los contratos gratuitos, como el comodato, depósito, mandato y gestion de negocios. 4º El mandatario que traspasa los fines del mandato nada hace, *L.* 5. *ff. h. t.* Por lo cual si los traspasó, ni siquiera tiene la accion de la gestion de negocios, *L.* 41. *ff. eod.* Esto sin embargo no impide el que pueda esplicarse ó por otro ó por equivalente mandato, *L.* 8. §. 3. *L.* 46. *L.* 62. §. *ult.*

ff. h. t. 5º El mandatario por lo regular no puede sustituir, porque el que manda elige la industria de la persona, cuya confianza podemos no poner en la destreza del sustituto del mandatario. Otra cuestion es si en caso de sustituir el mandatario y desempeñar bien la cosa el sustituto, está obligado el mandante á dar su aprobacion? Sin duda debe afirmarse, por cuanto el mandante ha logrado su fin, *L.* 8. §. 3. *ff. eod.* 6º El mandatario está obligado á la culpa levísima; y la razon de esto la hemos dado arriba en el §. 788. *ax* 3. 7º Tambien este contrato es famoso; y por tanto se hace infame el mandatario que es condenado por dolo. Porque, qué cosa mas torpe que burlar la esperanza de un amigo? Cic. *pro S. Rosc. c.* 38.; y aun tiene este contrato algo de singular sobre este punto, porque siendo asi que en otros casos son notados de infamia tan solo los qne salen condenados por la accion directa que nace del contrato, *L.* 1. *ff. de his qui not. inf.*, aqui tambien el reconvenido por la accion contraria del mandato se hace infame; á saber, si el que manda á otro que afiance le niega despues dolosamente la indemnizacion; sobre cuyo caso puede verse la *L.* 6. §. 5. *ff. de his qui not. infam.*

§. CMLXI.

IV. Los modos de acabarse el mandato fácilmente se infieren de su naturaleza misma. Acábase 1º por *mútuo disentimiento*; porque nada hay tan natural que el que una cosa se disuelva por el mismo orden con que se unió, *L.* 35. *ff.*

de R. J. 2º Se concluye por *revocacion del mandante*, con tal que se haga estando íntegro el negocio, §. 9. *Inst. h. t.* Porque si el negocio está ya comenzado, hay sí todavía lugar á la revocacion, pero no de otra suerte sino quedando indemne el mandatario. La razon de esto se ha dado en el título anterior, §. 950. Se acaba 3º por la *renuncia* no intempestiva del mandatario. Porque asi como el mandante puede libremente revocar el mandato, asi tambien el mandatario puede renunciarlo á su antojo, con tal que lo haga con oportunidad, §. 11. *Inst. h. t.* Efectivamente, si por ejemplo, un procurador mio en Alemania, habiendo recaido una sentencia adversa, renunciase el mandato siendo esto causa de ser yo escluido de la apelacion, esta renuncia seria intempestiva. Conclúyese 4º por *muerte de los contrayentes.* Pues eligiéndose la industria de la persona no puede el mandato pasar á los herederos. Y ademas, estableciéndose el mandato en virtud de amistad, muchas veces sucederia que el heredero del mandante no fuese tan amigo mio como el difunto. La muerte todo lo disuelve.

§. CMLXII. CMLXIII. CMLXIV.

V. Falta que espliquemos la accion que se deriva de este contrato. Por ser este bilateral son dos las acciones, §. 782.; pues el mandatario se obliga desde el principio por la naturaleza misma del contrato, y el mandante por lo que resulte; es decir, si el mandatario hizo algunos gastos ó sufrió algunos perjuicios. Una de estas acciones

es *directa*, la otra *contraria*, §. 782. Finalmente, por razon de ser este contrato nominado es preciso que la accion que de él resulta sea del mismo nombre, y por eso se llama *accion de mandato directa y contraria*. Por aquella obra el mandante contra el mandatario para que se concluya y desempeñe el negocio, se den cuentas, se entregue la cosa adquirida por el mandato, se presten los daños, en una palabra, para todo aquello á que el mandatario está obligado por el contrato. Por esta obra el mandatario contra el mandante para obtener indemnizacion, puesto que la naturaleza de todas las acciones contrarias se dirige á conseguirla, §. 782.

TITULO XXVIII.

De las obligaciones que resultan de los cuasi contratos.

§. CMLXV. CMLXVI.

Llevamos esplicados todos los contratos *verdaderos nominados*, tanto los reales, tit. 15. como los verbales, tit. 16. 17. Ahora debieran seguir los *innominados do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, pero los ha omitido Justiniano. Habiendo pues hasta aqui tratado de los verdaderos contratos, siguen los *cuasi contratos*; y los definimos de esta manera: cuasi contratos son *unos hechos honestos, por los cuales se obligan los hombres aun ignorándolo, en virtud de un consentimiento que se presume por equidad*. Deci-

mos *unos hechos honestos*, porque en cuanto á las cosas torpes no hay ninguna obligacion, segun digimos en el título anterior, §. 953. Añadimos que la obligacion nace *de un consentimiento presumido ó fingido*; porque la diferencia que arriba en el §. 768. hemos señalado entre los verdaderos y los cuasi contratos, es el que aquellos nacen de un consentimiento verdadero, y estos de uno fingido ó presunto. Mas por cuanto la ley nada puede fingir sin fundamento (porque quién podria tolerar á un legislador que fingiese que sus súbditos habian cometido un hurto, no habiéndolo cometido en realidad?), se pregunta: cuáles son estos fundamentos? La *equidad* y la *utilidad.*

§. CMLXVII.

Espondremos pues algunas reglas, por las que aparezca cuándo las leyes pueden fingir ó presumir que uno ha consentido. 1º *Se presume que todos consienten en aquello que les trae utilidad.* Por este fundamento se obliga el pupilo al tutor á la indemnizacion, aunque sea infante y por tanto no haya consentido nunca en la tutela. 2º *De nadie se presume que quiera enriquecerse á costa de otro.* Por este fundamento está obligado á la restitucion aquel á quien por error se pagó lo que no se le debia. Estas son las principales reglas. Pero en nuestras *Pandectas P. I.* §. 362. añadimos: 3º *el que quiere lo que antecede no puede dejar de querer lo que sigue.* Por esta razon se obliga el marinero, hostelero y posadero, en el caso de haber recibido cosas mias, á prestar el daño causado en ellas.

§. CMLXVIII.

Con estas premisas sobre la naturaleza de los cuasi contratos, pasaremos ahora á tratar de ellos; y aunque son muchos, aqui sin embargo no hablaremos mas que de seis. 1º Gestion ó agencia de negocios, §. 969. 974. 2º Comunion de herencia, y 4º comunion de cosas, §. 980. 984. 5º Adicion de herencia, §. 985. 986. 6º Paga de lo indebido, §. 987. 992, Tantas son las partes de este título: vamos ahora á hablar de cada una de ellas.

§. CMLXIX.

I. El primer cuasi contrato es la *gestion ó agencia de negocios*, acerca de la cual se pregunta: 1º qué cosa sea, §. 969: 2º qué obligacion mútua nace de él, §. 970. 971.: 3º qué acciones produce, §. 972. 974.

1º Qué cosa sea gestion de negocios lo manifiesta la definicion. *Es un cuasi contrato, por el que uno se encarga de manejar útil, espontánea y gratuitamente los negocios estrajudiciales de otro que lo ignora.* Esta definicion es preciso entenderla bien Decimos que es un *cuasi contrato*, porque si hubiese un verdadero consentimiento de parte de ambos, el que desempeña los negocios agenos no seria agente de negocios, sino *mandatario ó procurador*. Decimos ademas; *los negocios de otro que lo ignora*; porque si este lo sabe y lo consiente, es un mandato tácito, del cual se ha tratado arriba en el §. 955. Si lo prohibe no re-

sulta ninguna obligacion. Añadimos que los negocios han de ser *estrajudiciales*, pues si uno toma sobre sí el negocio judicial de un ausente, se llamará *defensor*, no agente de negocios. Y esta es la razon por qué tambien una muger puede correr con negocios agenos, *L.* 3. §. 1. *ff. neg. gest.*, sin embargo de que no puede pedir por otro en juicio, *L.* 1. *ff. de postul.*; y tambien porque hasta el pupilo obliga á un ausente corriendo con negocios de este, *L.* 3. §. 4. *ff. eod.* Por lo cual todo se reduce y se funda en que se haya promovido la utilidad de uno que esté ausente y lo ignore, por cuanto se considera que cualquiera consiente en lo que que le trae utilidad, §. 967., ya sea muger, ya sea pupilo quien la promueva. Por último, decimos en la definicion *espontánea y gratuitamente*, porque de otra manera ni sería locacion, ni contrato *do ut des*, por no haber el otro consentido en ninguna merced ni en dar nada, ni tampoco seria *agencia de negocios*, porque este contrato es gratuito.

§. CMLXX. CMLXXI.

2º De este cuasi contrato nace una mútua y recíproca obligacion entre el agente de negocios y los ausentes; y de ella vamos á tratar ahora.

(a) A tres conclusiones referimos la obligacion de un agente de negocios. (*aa*) Este debe dirigir y manejar los negocios útilmente; porque en tanto obliga al ausente en cuanto le proporciona utilidad, *L.* 10. *ff. h. t.* Asi es que si solo para objetos de recreo hiciese gastos en la cosa de un ausente, no tendrá la accion de los negocios he-

chos, de la misma manera que si tomase sobre sí un negocio ageno por lucro y comodidad propia, *L.* 25. *L.* 27. *L.* 6. §. 3. *ff. h. t.* Pero una vez producida la utilidad al ausente, estará este obligado, aunque despues se interceptase esta utilidad, *L.* 10. §. 1. *ff. h t.* (*bb*) El agente de negocios por lo regular está obligado á la culpa levísima, *L.* 23. *ff. de R. J.* La razon es porque se ha ofrecido espontáneamente, §. 788. 3. Digo *por lo regular*, porque algunas veces tan solo está obligado á la *leve*, á saber, si administró una cosa comun ignorándolo el otro, *L.* 40. *ff. de neg. gest.* A veces solamente presta la culpa *lata*, esto es, cuando por necesidad ha tomado por su cuenta una cosa peligrosa, v. gr. para reparar casas que esten amenazando ruina, *L.* 3. §. 9. *ff. eod.* Hay veces en que sufre el *caso fortuito*, por ejemplo, si emprendió sin necesidad una cosa llena de riesgos, cosa que no solia hacer el ausente; v. gr. si uno con el dinero de un ausente hace una nave y la carga, y despues perece en un naufragio, siendo asi que el ausente nunca se habia dedicado á la navegacion marítima, *L.* 11. *ff. d.* 20. *C. de neg. gest.* (*cc*) El agente de negocios está obligado á dar cuentas y á restituir lo sobrante con usuras. Y la cosa es clara. El que administra cosas agenas, tiene obligacion de dar cuentas de la administracion que ha tenido á su cargo. Pero hay de particular que el agente de negocios que usa del dinero de un ausente, debe un interes de doce por ciento segun la *L.* 38. *ff. h. t.* Las leyes no favorecen á los que se entrometen en negocios agenos.

(b) La obligacion del ausente se reduce á cinco puntos. (*aa*) El agente de negocios tiene obligado hasta al ignorante, y aun al que todavía no existe en la naturaleza de las cosas, es decir, al que aun no ha nacido, *L.* 29. *ff. h. t.*, y mucho mas (*bb*) al furioso, *L.* 3. §. 5. *ff. de neg. gest.*; y (*cc*) á aquel sobre cuya persona se ha errado: por ejemplo, si creyendo desempeñar los negocios de Ticio, se desempeñasen los negocios de otro que tambien se llamase Ticio, *L.* 5. §. 1. *ff. eod.* Porque no requiriéndose aqui un verdadero consentimiento, sino bastando que se haya promovido la utilidad de otro, no debe dudarse que tambien pueda promoverse la utilidad del que no tiene noticia, la del furioso y del que todavía no ha nacido. (*dd*) No cesa la obligacion del ausente porque la utilidad se haya casualmente interceptado, *L.* 10. §. 1. *l.* 12. §. 2. *ff. eod.* Asi es que si, por ejemplo, reparé la casa de alguno, este me debe la indemnizacion, aun cuando despues pereciera por incendio la casa; la razon es porque en los contratos nadie paga el caso fortuito, §. 785. (*ee*) El ausente está obligado al agente de negocios á la indemnizacion, *L.* 3. *L.* 27. *ff. eod.* El fundamento de esto está en la regla segunda del §. 967. De nadie se presume que quiera enriquecerse con perjuicio de otro.

§. CMLXXII. _ CMLXXIV.

3º Resta hablar de las acciones que nacen de este cuasi contrato. Llámanse acciones *negotiorum gestorum*, y de ellas una es *directa* y otra *contraria*.

Aquella, á saber, la directa, se da al ausente contra el agente de negocios para que dé cuentas, resarza los daños, restituya lo sobrante, y en fin, haga todo aquello á que digimos estar obligado un agente de negocios, §. 970. Esta, es decir, la contraria, compete al agente de negocios contra el ausente para la indemnizacion, esto es, para cobrarse de los gastos necesarios y útiles, *L.* 2. *L.* 27. *L.* 43. *ff. h. t.*, y para obtener el interes del dinero que pagó por el ausente, *L.* 19. §. 4. *ff.* *L.* 18. *C. h. t.*

§. CMCXXV.

II. Otro de los cuasi contratos es la tutela; aunque esta puede considerarse de diversos modos. Respecto de la república es un cargo público; respecto del pupilo, es una cualidad de los hombres *sui juris*; como que entre estos unos estan bajo tutela, otros bajo curaduría, y otros no estan ligados por ninguno de estos derechos. §. 201. Finalmente, si consideramos la obligacion entre el tutor y el pupilo, dimana de un cuasi contrato. Pues aunque el pupilo no puede obligarse directamente ni consentir, sin embargo se presume que ha consentido por la regla espuesta en el §. 976.: se supone que cualquiera consiente en aquello que le trae utilidad.

§. CMLXXVI._CMLXXIX.

La accion que nace de este cuasi contrato es la accion *tutelæ*, que tambien es directa ó contraria. Por aquella obra en juicio el pupilo con-

cluida la tutela; por esta el tutor; aquel para que se den cuentas y se resarcian los daños; este para la indemnizacion. Esto puede bastar si se añade, 1º que estas acciones si se entablan por un menor contra un curador, ó por un curador contra un menor se llaman *útiles*; porque todas las acciones que no se derivan de las palabras de la ley, sino de la interpretacion de los jurisconsultos, llevan este nombre de útiles. 2º Que estas acciones no se deben confundir con la accion *suspectis tutoribus*, ni con la accion *de distrahendis rationibus*. La accion *tutelæ* viene de un cuasi contrato; las otras dos de delito. La *accion tutelæ* se da concluida la tutela; la de *suspectis tutoribus* durante la tutela; la de *distrahendis rationibus* dadas ya las cuentas, en caso de que el tutor haya sustraido algo. La *accion tutelæ* compete para que se den las cuentas; la *de suspectis tutoribus* para la remocion del tutor que no ha obrado con fidelidad; la *de distrahendis rationibus* para conseguir el duplo de lo que se ha sustraido. Todas estas acciones son infamantes si aparece el dolo del tutor, y es condenado por ello.

§. CMLXXX._CMLXXXIII.

III. IV. El tercer cuasi contrato es la *comunion de herencia*, y el cuarto la *comunïon de cosas*, §. 3. 4. *Inst. h. t.* Pero propiamente hablando la comunion de herencia y de cosas es un derecho *in re*, á saber, un derecho comun hereditario, ó un dominio comun. Mas la administracion de una herencia ó de una cosa comun es un

cuasi contrato, porque del que administra se presume que consiente en dar cuentas, por cuanto el que quiere lo antecedente se supone que quiere tambien lo consiguiente; y se finge que aquel cuya herencia ó cosa es administrada ha consentido en prestar la indemnizacion, puesto que nadie debe querer hacerse mas rico con perjuicio de otro, §. 967. 2. De la administracion de la herencia comun nace la accion *familiæ erciscundæ*; vocablo tomado de las XII. tablas, donde se hallaba escrito: *nomina ercta cita sunto. Erctus* significa todo, íntegro, indiviso; *ciere* significa dividir. Y de aqui nació el compuesto *erciscere*, esto es, dividir el todo. Y como la palabra *familia* en las mismas XII. tablas significa herencia, toda la frase *familiam esciscere*, que tan ridícula ha parecido á Salmasio, forma un sentido perfecto, y quiere decir tanto como dividir toda la herencia, ó la herencia indivisa. Esta accion se da al coheredero contra el coheredero, para dividir la herencia comun, y para la restitucion de los gastos y perjuicios. De esto se infiere, 1º que esta accion se diferencia de la peticion de herencia, en que esta no se entabla contra el coheredero, sino contra el que posee como heredero ó poseedor; y no para dividir la herencia, sino para restituirla. 2º Que esta accion es mista, porque siempre que pido una porcion de mi herencia, esto lo verifico en virtud de un derecho en la cosa; mas cuando trato de exigir las prestaciones personales, esto lo hago en virtud del cuasi contrato poco antes de escrito, y por eso esta accion es personal, por mas que reuse concederlo Westenbergio.

§. CMLXXXIV.

Vamos á esponer en pocas reglas de qué modo se verifica la division de herencia. 1ª Las deudas se dividen *ipso jure*, y por tanto no necesitan de division. Si pues debió el difunto treinta mil, y son tres los herederos, *ipso jure* puede cada uno de ellos ser reconvenido por diez mil. Y si al difunto debió alguno seis mil, y son tres los herederos, *ipso jure* cada uno de ellos tiene accion á dos mil, *L.* 2. §. *ult. L.* 4. *pr. ff. L.* 6. *C. fam. ercisundæ.* 2ª Las cosas de uso prohibido no se dividen, por ejemplo, los venenos, libros prohibidos &c.; en cuyo punto no obstante debe el juez ser precavido, *L.* 4. §. 1. 2. *ff. eod.* 3ª Los instrumentos comunes, el archivo, diplomas, escrituras &c. no se dividen, sino que se depositan en poder del que tiene la mayor parte de la herencia, ó del de mayor edad, ó en algun edificio ú oficina, dándose á cada uno una copia, *L.* 5. *ff. eod.* 4ª Cuando la cosa no puede dividirse cómodamente, el juez la adjudica toda á uno solo, obligándolo á que dé á los demas la correspondiente parte del precio, §. 4. *Inst. de off. jud.* Asi se verifica la accion *familiæ erciscundæ*; todo lo cual tiene tambien lugar en el juicio *communi dividundo.* Por lo que nos contentaremos con esplicar la diferencia que media entre estas dos acciones. 1º La accion *familiæ erciscundæ* es universal; la accion *communi dividundo* es singular. 2º Aquella nace de la administracion de una herencia comun; esta de la administracion de

una cosa comun, v. gr. un prédio. 3º Aquella se da contra un coheredero; esta contra un co-dueño. Empero convienen en ser mistas ambas acciones, en ser dobles, y en que ambos pueden hacer el papel de actor y reo; y por último, en que por ambas uno pide al otro la satisfaccion del daño causado por culpa leve en concreto, *L.* 25. §. 16. *ff. famil. ercisc.* La razon de esto queda dada en el §. 947.

§. CMLXXXV. CMLXXXVI.

V. El quinto cuasi contrato es la *adicion de herencia.* Como se haga esta ya lo hemos dicho en el libro anterior, §. 592. Aqui debe notarse que el heredero que ade ó admite una herencia que se le ha dejado, cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, y se presume que queda obligado respecto de estos á pagarles los legados y fideicomisos, §. 3. *Inst. h. t.* Decimos que el que ade se obliga á los legatarios y fideicomisarios: ¿y á los acreedores no se obliga tambien? no por cierto; porque á estos está obligado el heredero por el contrato hecho con el difunto. Si pues este debió ciento por razon de mútuo se entablará contra el heredero la condicion *ex mútuo*; pero si debe por estipulacion se obrará por medio de la condicion *ex stipulato*, no en virtud de un cuasi contrato, porque al heredero se trasladan todos los derechos del difunto, *L.* 2. §. 2. *ff. de V. S. L.* 59. *ff. de R. J.* Siendo asi pues que la adicion de una herencia es un cuasi contrato, examinemos qué accion nacerá de él. Se llama

accion personal extestamento, y se da á los legatarios, fideicomisarios, y á cualesquiera á quien se debe algo por testamento contra el heredero que ade (porque antes de la adicion no es heredero un estraño, sino que tan solo se debe considerar como heredero el que pertenezca á la clase de los que llamamos suyos y necesarios) para que pague los legados, fideicomisos y todo lo demas que se haya dejado en el testamento con todos los frutos é intereses debidos desde el tiempo de la demora, §. 5. *Inst. h. t.* De paso notaremos que aunque por otros respectos la adiccion y la gestion como heredero sean diferentes, §. 592., aqui sin embargo, por lo que toca á esta accion no media diferencia ninguna, y es igual el que uno se haga heredero adiendo la herencia ú obrando como tal heredero.

§. CMLXXXVII.

VI. El último cuasi contrato de que se habla en la Instituta es la *paga de lo indebido*, de la cual hablaremos con alguna estension en lo que resta de este título. Se pregunta pues: 1º qué cosa sea paga de lo indebido? §. 987.: 2º cuándo se puede repetir ó reclamar? §. 988. 990.: 3º y con qué accion? §. 991. y sig.

1º La paga de lo indebido es un cuasi contrato por el cual uno que por error de hecho paga lo que naturalmente no se debe, obliga al otro que lo recibió por ignorancia á que lo restituya. Decimos en esta definicion que es un *cuasi contrato*, porque á la verdad, segun observa elegan-

cibió, es un ladron, y habrá contra él la *condicion furtiva* para recobrar aquel dinero, *L.* 18. *ff. di cond. furt.* No obstante, no se dará fácilmente contra él accion de hurto en el duplo ó cuadrupo, por ser famosa esta accion, y no deberse amancillar temerariamente la fama de los hombres.

§. CMXCI. CMXCII.

3º Falta esplicar por qué accion se repite lo indebido. Llámase *condicion de lo indebido (condictio indebiti)*; y se da al que por error de hecho pagó lo que naturalmente no debia contra el que recibió por error é ignorancia, y contra su heredero para que se restituya lo pagado con sus frutos y accesiones. De aqui inferimos, (a) que solo el que recibe es el obligado, y por lo mismo este contrato es unilateral, y por consiguiente de estricto derecho, §. 781. (b) Que por esta condicion no se pueden pedir usuras, porque estas no se deben por los contratos *stricti juris*, á no ser que espresamente se hayan prometido, §. 581. *L.* 1. *C. de cond. indeb.* (c) Que esta condicion no debe confundirse con otras condiciones, á saber; *caussa data*, *caussa non sequuta*, *ob turpem caussam*, *sine caussa.* La diferencia es clara. O he dado yo por una causa *pasada*, ó por una *futura.* Si fue por una causa pasada, entablo la condicion *indebiti*; mas si fue por una futura, entonces ó esta causa fue *honesta*, ó por parte del que recibe, *torpe.* Si lo primero, tiene lugar la condicion *caussa data*, *caussa non sequuta*, por ejemplo, si una muger diese la dote y luego no se ve-

rificase el matrimonio. Si lo último, puedo usar de la condicion *ob turpem caussam*; v. gr. si dí á un ladron dinero porque no me matase. Finalmente, si otro posee una cosa mia sin ninguna causa justa, y no puedo yo usar de estas condiciones, para este caso hay la condicion *sine caussa*, por ejemplo, si otro posee una obligaciou habiendo yo ya pagado. Por lo cual esta última condicion viene á ser como el complemento de todas las demas. De estas condiciones se trata latamente en las Pandectas, lib. XII. y XIII.

TITULO XXIX.

Por medio de qué personas podemos adquirir una obligacion.

§. CMXCIII. CMXCIV.

Todo este título es casi superfluo, porque arriba en el libro II. hemos esplicado el tit. 9., cuya rúbrica es: *por qué personas podemos adquirir*; y por las mismas personas que adquirimos cualesquier otras cosas, por las mismas podemos tambien adquirir una obligacion. En dicho tit. 9. hemos dado la regla de que, cualesquiera que esten bajo nuestra potestad, ya dominica, ya patria, adquieren para nosotros; luego por medio de los mismos podemos tambien adquirir una obligacion. Por ejemplo; si un hijo estipula para sí, adquiere para el padre; si es un siervo el que estipula, adquiere para el señor. Pero un tercero que sea estraño, ninguna obligacion pue-

de adquirir para mí, §. 4. *Inst. de junt. stipul.* Asi es que si un hermano mio dijere: darás á mi hermano ciento? y otro prometiese que sí, nada sin embargo se adquiere para mí. Y aqui debe ademas observarse una regla que el tit. 9. del lib. II. no hemos espuesto, á saber; que la condicion existente se retrotrae al principio, si es que yo adquiero por medio de un hijo ó de un esclavo, *L.* 11. §. 1 *ff. qui post. in pign.* Esto quiere decir que si el hijo estipula para sí bajo condicion, y esta condicion se cumple despues, v. gr. á los tres años, es lo mismo que si ya existiese al tiempo de hacerse la estipulacion. Por ejemplo: dice un hijo: me darás mil si me hiciese doctor? poco despues es emancipado por el padre, y á los dos años se gradua de doctor. Pregúntase aqui: para quién se adquieren aquellos mil florines, para Ticio ó para el padre? Se responde que para el padre, por cuanto la condicion se retrotrae al principio del negocio, *L.* 78. *ff. de V. O.* Esto sucede de otra manera en los legados, segun ya observamos en el escolio del §. 993.

TITULO XXX.

De qué modos se estingue la obligacion.

§. CMXCV._CMXCVII.

Hemos recorrido ya el vasto campo de los contratos. Mas como no solo conviene saber cómo se contraen las obligaciones, sino tambien como se disuelven, falta ahora esponer esta doctrina es-

tensamente en el último capítulo de este libro.

Preliminarmente haremos algunas divisiones. Toda obligacion se estingue ó *ipso jure* ó *por medio de escepcion.* Se dice que la obligacion se estingue *ipso jure*, cuando el modo de disolverse la obligacion tiene efecto desde el tiempo en que empieza á existir, aun cuando no se haya todavía opuesto ninguna escepcion. Por ejemplo: en el año de 1723 comencé á deber á Ticio ciento; en el año 1724 él empezó á deberme á mí ciento; luego Ticio obra contra mí para que se le pague la deuda, y yo digo que esta deuda ha desaparecido por compensacion. Reconoce esto Ticio, pero sin embargo cree que puede pedir usuras hasta el año de 1727; esto lo niego yo, y sostengo que debe contentarse con las usuras de un solo año, por cuanto la compensacion tuvo su efecto en el mismo año de 1724, aunque yo no haya usado todavía de esta escepcion. Por el contrario, la obligacion se estingue *por medio de escepcion*, cuando aquella no se acaba antes del momento en que se ha usado de la escepcion, *L.* 27. §. 52. *ff. de pact.* Por ejemplo: un hijo de familia recibió en empréstito doscientos florines en el año de 1723: se entabla accion contra él, y el deudor opone la escepcion del senado-consulto Macedoniano. Se pregunta si ya en el año de 1725 se habia estinguido la obligacion, ó si esto no se verifica hasta el año de 1727, en que se opone la escepcion? Se responde que el hijo de familia no queda libre hasta el año de 1727, por cuanto la obligacion no se estinguió *ipso jure*, sino en virtud de escepcion. Vamos á ver los modos con que la obliga-

cion se estingue *ipso jure.* Son de dos clases, ó *comunes* á los demas contratos, ó *propios* tan solo de algunos de ellos. Asi, por ejemplo, la paga ó solucion es comun á todos los contratos, porque por medio de ella se estingue el mútuo, el comodato, la prenda, la estipulacion y todos los demas. Al reves, por medio de la *aceptilacion* no se disuelven mas contratos que los verbales; por medio del mútuo disentimiento no otros que los consensuales, y el fundamento de esto estriba en aquella regla del Derecho, nada hay tan natural como el que una cosa se disuelva por el mismo órden con que se unió, *L.* 35. *L.* 100. *ff. de R. J.* Luego los contratos verbales se deben estinguir con palabras solemnes; los consensuales con el disentimiento; mas no los reales y literales. Dada este prévia esplicacion, ya podemos esponer todos los modos comunes y propios. De aquellos hay seis: 1º *solucion* ó paga, de que se tratará en los §. 998. 1002.: 2º *compensacion*, §. 1003. 1005.: 3º *confusion*, §. 1006.: 4º *oblacion y consignacion*, §. 1007. y sig.: 5º *destruccion de la cosa*, §. 1009. 1010.: 6º *novacion*, §. 1011. 1019. De estos, es decir, de los propios se cuentan dos: 7º *aceptilacion*, §. 1020. 1028.: 8º *mútuo disentimiento*, §. 1029. 1031. Vamos á tratar de cada uno de estos modos por su órden.

§. CMXCVIII. — MII.

I. El primer modo comun de estinguirse las obligaciones es la *solucion* ó paga, que definimos diciendo ser una verdadera prestacion de

aquello á que uno está obligado, *L. 176. ff. de V. S.* Se requiere una *verdadera* prestacion ó satisfaccion, para que se distinga de la compensacion. Porque aunque para esta valga tambien la regla de que *compensar es pagar*, esto solo se entiende en cuanto al efecto, que es el mismo que el de la solucion. Propiamente hablando, sin embargo, la compensacion no es solucion, porque verdaderamente no se satisface á lo que exige la obligacion. Si preguntamos: 1º quiénes pueden pagar? Se responde que todos aquellos que tienen la libre administracion de sus cosas, §. *ult. quib. alien. licet.* De aqui se sigue que el pupilo no puede pagar; sobre lo cual ya hemos hablado en el §. 466. Por lo demas ninguna diferencia media en que yo pague por mí mismo ó por otro; por uno que quiere, ó por otro que lo repugna; por uno que lo sabe, ó por otro que lo ignora, *L.* 20. *L.* 40. *L.* 53. *ff. de solut.* La razon es porque la obligacion siempre se estingue, bien que el que pagó por uno que lo repugnaba no tenga regreso ó accion contra aquel por quien pagó, á no ser que antes de la solucion recibiese del acreedor los derechos que este le cediese, porque entonces obra como procurador ó mandatario en una cosa suya, §. 958. Si 2º se pregunta cómo debe hacerse la solucion? respondemos (a) que se debe pagar lo que se debe, no una cosa por otra, á no ser que lo consienta el acreedor. Asi que, si por ejemplo uno debe cien aureos, no puede pagar en trigo, aromas, libros &c., como el acreedor no quiera. Pero si este se conviene, entonces hay lo que se llama *in solutum datio.* (b) Que

se debe pagar toda la deuda; pues nadie está obligado á recibir parte de la paga por varios inconvenientes que esto trae, y especialmente porque el dinero que no se toma junto no luce, *L. 9. C. de solut. L. 41. §. 1. ff. de usur.* Hay sin embargo una escepcion, á saber, (*a*) si las deudas son diversas: en este caso puedo satisfacerlas una por una. (*b*) Si la deuda en parte es líquida y en parte ilíquida; pues entonces el juez mandará que al instante se pague lo líquido, y que lo ilíquido se ventile judicialmente, *L. 21. ff. de rebus cred.* (*c*) Se debe pagar al tiempo y en el lugar que se convino. Si por ejemplo, prometí pagar en Amsterdam, no puedo pagar en Lipsia: si debo pagar el primer dia de abril, no puedo aguardar al primer dia de mayo, á no ser que el acreedor aflojase algun tanto el rigor de mi obligacion, *L. 39. ff. de solut.* Por consiguiente, el que paga mas tarde y en lugar distinto, está obligado á satisfacer al acreedor los perjuicios que este trastorno pueda causarle; y para esto hay las acciones llamadas *Triticaria* y *de eo quod certo loco*, de las cuales se trata en las Pandectas. La cuestion sobre el efecto de la solucion ó paga la espondremos fácilmente. La solucion estingue *ipso jure* todas las obligaciones; y como cesando la obligacion principal cesan tambien las accesorias, se sigue que los fiadores, prendas é hipotecas quedan igualmente libres, *L. 43. ff. de solut.*; á no ser que el acreedor use del derecho de retencion, y retenga la prenda en seguridad de otro crédito aun no satisfecho; lo cual puede hacer. Sobre esto hemos hablado en el §. 825. *

§. MIII. _ MV.

II. Otro modo comun de extinguirse las obligaciones *ipso jure* es la *compensacion*. La definimos, *el descuento que se hace de las deudas y créditos recíprocos*, *l.* 1. *ff. de compensat* Su fundamento es la regla filosófica, *lo que se puede hacer por poco no se debe hacer por mucho.* Porque si se hubiese de proceder por orden, primero yo deberia pagar al acreedor los ciento que le debo, y despues tendria él que pagarme á mí los ciento que me debe. Para qué pues tantos rodeos, pudiendo la cosa componerse de suerte que yo retenga mi dinero y el el suyo? Cuando se hace esto, se dice que se ha compensado ó descontado una deuda de la otra. Acerca de esta compension consideraremos, 1º los requisitos, 2º los efectos. Los principales requisitos son tres. (a) Que por ambas partes haya una deuda eficaz, líquida, pura; porque lo eficaz no puede compensarse con lo ineficaz, ni lo líquido con lo ilíquido, ni lo puro con lo condicional, por no haber todavía certidumbre de si se debe, *l.* 30. *l.* 41. *ff. l. ult*, §. 1. *C. de comp. l.* 7 *l.* 17. §. 1. *ff. eod.* (b) Que ambas deudas sean de estimacion cierta ó determinada. Por lo cual no puede compensarse el género con el género, por ser de incierta estimacion. Si por ejemplo, Ticio me debe un libro, y yo á él un caballo, no podremos compensar estas deudas. (c) Que sea uno mismo el deudor y el acreedor. Asi que, si mi hermano debe á Ticio ciento, y Ticio me debe á mí otros ciento, no hay lugar á la

compensacion, porque no es uno mismo deudor y acreedor, *l.* 16. *pr. l.* 18. §. 1. *ff. de comp.* Esto es tan cierto, que si el fisco me debe á mí y yo debo al fisco, solo tendrá lugar la compensacion siendo una misma la caja ó administracion que me debe y á la cual debo, *l.* 46. §. 5. *ff. de jure fisci*, *l.* 1. *C. de comp.* 2º El efecto de la compensacion es el mismo que el de la solucion, de que hablamos en el §. 1002. Pero si la deuda y crédito recíprocos son de diversa cantidad, qué ha de observarse? Entonces de la deuda mayor se rebaja la suma que aparece, *l. ult. C. de comp.* Por ejemplo, si Ticio me debe mil, y yo á él seiscientos, la deuda de Ticio se disminuia por compensacion hasta cuatrocientos florines, que son los que únicamente tendrán que pagarme.

§. MVI.

III. El siguiente modo de quitar la obligacion es la *confusion*, por la cual entendemos aquel caso en que el derecho del acreedor y del deudor se reune en una misma persona, *l.* 75. *l. pen. ff. de solut.* Y es bien claro que entonces debe disolverse la obligacion; porque, quién puede ser deudor y acreedor de sí mismo? Solo pues se trata de saber, cuándo puede suceder que se haga acreedor el que era deudor? Se responde que este caso se concibe muy fácilmente en la herencia. Por ejemplo: Ticio me debe dos mil; al morir me instituye heredero; yo ado la herencia; pues con esto me hago acreedor de mí mismo, porque como heredero paso á todos los derechos y obli-

gaciones del difunto. Luego la confusion se hace por la adicion, y por consiguiente espira el débito ú obligacion.

§. MVII. MVIII.

IV. El cuarto modo de estinguirse las obligaciones en todos los contratos es la *oblacion y consignacion*; á las cuales hay lugar siempre que el acreedor es moroso en recibir, ó no quiere ó no puede recibir el dinero que se le ofrece. Por ejemplo: uno me vendió un prédio por dos mil florines, y preparo el dinero y se lo ofrezco segun lo convenido entre nosotros: él no puede recibirlo porque no caiga en mano de sus acreedores. En este caso puedo yo usar de la oblacion y consignacion. Qué cosa es pues la oblacion y consignacion? *Es un modo de suprimirse la obligacion, si el deudor sella y deposita judicialmente todo el dinero que en su justo lugar y tiempo ha ofrecido al acreedor y que este no ha aceptado.* Requiérese pues, 1º que yo ofrezca al acreedor todo el dinero en el tiempo y lugar que corresponde: 2º que el acreedor sea citado por el juez para que vea depositar y sellar el dinero: 3.º que yo cuente ante el juez el dinero, y á presencia del acreedor lo meta en una bolsa, y pido que se selle con el sello judicial: 4º que se inscriba en las actas la cantidad. Entonces el efecto es: 1º que yo quedo libre de toda obligacion igualmente que si yo hubiese pagado: 2º que se detiene el curso de las usuras: 3º que si el dinero perece en la cosa judicial por incendio ó hurto, no perece para mí, sino para mi acreedor. Véase la *L. 9. C. de solut.*

§. MIX. MX.

V. Sigue la *destruccion de la cosa*, otro de los modos de estinguirse indistintamente *ipso jure* todas las obligaciones, de cualquier contrato que provengan. Empero respecto de la cosa que debo, se necesita de alguna distincion. O debo un *género*, v. gr. un caballo; ó una *especie*, v. gr. tal caballo de la cuadra; ó debo *cantidad*, por ejemplo cien florines. Si debo género ó cantidad, no libra la destruccion de la cosa, porque el género y la cantidad no perecen. Por eso, si v. gr. debiendo yo un caballo y comprando uno para entregarlo, muere antes de verificarse, no quedo libre, por cuanto fuí deudor de género, y no precisamente de tal ó cual caballo que yo habia comprado. Ni tampoco quedo libre si debiendo cien florines, y teniéndolos ya contados sobre una mesa, vino un ladron y me los llevó antes de entregarlos, pues debí una cantidad en general, la cual nunca perece, y no precisamente aquella moneda que yo tenia contada sobre la mesa. Mas si debo una *especie*, por ejemplo, tal casa, tal caballo, en pereciendo estas cosas, se estingue la obligacion, *l.* 24. *l.* 25. *pr. ff. de V. O.*; porque lo que no está en la naturaleza de las cosas, no puedo pagarlo. Pero no sucede asi (a) si yo fuese moroso; (b) si poseyese yo con mala fe una cosa viciosa, v. gr. furtiva: (c) si la cosa pereciese por dolo ó culpa mia. De lo que únicamente tratamos es del caso en que por casualidad pereció la cosa, pues la casualidad por nadie es satisfecha en los contratos.

§. MXI. — MXIX.

VI. El modo sesto y último de quitarse una obligacion se llama *novacion*, por la cual entendemos la transfusion de la primer deuda en otra obligacion, *L.* 1. *pr. ff. de novat.* Por ejemplo: yo antes debia por estipulacion, ahora doy una obligacion, y ya debo por letras. Antes debia por pacto nudo, ahora prometo de nuevo por estipulacion &c. Esta novacion es de dos modos; una *voluntaria*, que hacen por convencion los que quieren: por ejemplo, si entre nosotros conviniéremos que el dinero que yo tengo en depósito empiece ya á tenerle en empréstito: aqui nadie nos obligó á la novacion, y por tanto esta fue voluntaria, *L.* 2. *ff. eod.*; otra es *necesaria*, que se hace aun con repugnancia por la litis-contestacion: v. gr. si yo debí por empréstito ciento, se instituye accion, me manda el juez contestar el pleito: hecho esto (lo cual tal vez hago contra mi voluntad), al instante se verifica la novacion, y siendo asi que antes debia por mútuo, ahora empiezo á deber por el cuasi contrato de la litis-contestacion; de suerte que si salgo condenado no soy reconvenido por la condicion *certi ex mutuo*, sino por la accion *judicati*, que viene del cuasi contrato, *L.* 29. *ff. de novat.* Ademas, la novacion se hace ó *sin delegacion* cuando permanece uno mismo el deudor y el acreedor, y tan solo se muda la forma de la obligacion, ó *con delegacion* cuando se muda la persona del deudor. La *primera* se hace de tres modos: 1º si se muda la especie de la obligacion, v. gr. si antes debia cien-

to por estipulacion, y ahora hago una obligacion de esta cantidad. 2º Si á la primer obligacion se le agrega ó quita algo, por ejemplo, si antes debia yo ciento sin usuras, y ahora los prometo con ellas. 3º Si nada se muda, sino que tan solo se renueva la primer obligacion, v. gr. si en el año de 1723 habia ya dado un papel de obligacion, y luego doy otro nuevo destruyendo el primero.. Esto último es indispensable, porque de otra manera, si no se destruyese la primitiva obligacion, ambas valdrian y producirian sus respectivas acciones, *L. ult. C. de novat.* La *segunda* novacion con delegacion se hace *por expromision*, á saber, si me cargo yo enteramente con la deuda de otro, de manera que el primer deudor quede del todo libre. Es solemne el ejemplo del apóstol san Pablo, *ep. ad Philem. v.* 18., cuando promete por Onésimo: *si quid tibi debet Onesimus, ego Paullus mea manu scribo, ego solvam.* Tan luego como Philemon recibió esta promesa de san Pablo, se ha verificado la novacion con delegacion por haberse mudado la persona del deudor; pues antes debia Onésimo, y despues debia el apóstol. El efecto de la delegacion voluntaria es que la primer obligacion se suprime y se sustiye la nueva, de suerte que no se da regreso contra el primero, aun cuando, por ejemplo, el expromisor no tenga con que pagar, *L.* 26. §. 2. *ff. mand.* El efecto de la delegacion necesaria es que la accion temporal se hace perpétua, la penal rei-persecutoria, y por tanto se da tambien contra los herederos, *L.* 6. §. *ult. ff. de re jud. L.* 26. *ff. de O. et A.*

Dejamos dicho todo cuanto pertenece á esta materia. Resta todavía esplicar la diferencia que hay entre la *fianza* y la *expromision*, y asimismo entre la *delegacion* y la *cesion*. 1º Por la fianza no se hace ninguna novacion; por la expromision se hace. 2º La obligacion del fiador no destruye la obligacion del deudor principal, sino que tan solo se agrega subsidiariamente; el expromisor libra enteramente al primer deudor. De esta suerte tambien 3º la delegacion no puede hacerse á no ser con consentimiento de todos, del acreedor y del deudor, pero sí puede hacerse la cesion aun ignorándolo ó repugnándolo mi deudor, *L.* 1. *C. de nov.* 4º En la delegacion se muda la persona del deudor; en la cesion la persona del acreedor.

§. MXX. _ MXXVIII.

Hasta aqui llevamos tratado de los seis modos comunes; siguen los dos propios, á saber; la *aceptilacion* propia de la estipulacion, y el *mútuo disentimiento* propio de los contratos consensuales.

VII. Llámase *aceptilacion* de la frase *acceptum ferre*, que quiere decir tanto como remitir la deuda del mismo modo que si la hubiésemos recibido. Entre los romanos, despues que recibieron el principio de que una cosa debia disolverse del mismo modo con que se habia unido, parecia absurdo suprimir un contrato por un pacto nudo, y por eso querian que lo que se habia prometido por estipulacion ó palabras solemnes, se remitiese por otras palabras solemnes. Pues á

esta solemnidad de palabras es á lo que llaman *aceptilacion.* Estas palabras solemnes consistian en la siguiente pregunta y respuesta correspondiente. El deudor preguntaba: *el dinero que yo te he prometido, lo has recibido ya?* Si el otro responde: *lo tengo recibido*, parece suprimida *ipso jure* la obligacion, §. *Inst. h. t.* Debe ahora añadirse que la aceptilacion era un acto legítimo, *L. 77. ff. de R. J.*; y por esta razon no podia hacerse por medio de procurador, ni bajo condicion, ni hasta cierto dia, §. 70. 2º Que la aceptilacion solo puede hacerse por quien tiene facultad de administrar y enagenar sus cosas, y por consiguiente no podrá hacerla el pupilo sin la autoridad del tutor, *L. 2. ff. L. 1. C. de aceptil.* El fundamento de esto se hallará en el §. 251. 3º Que la aceptilacion solamente pertenece á las estipulaciones y obligaciones de palabras, no á los contratos reales, literales, ni consensuales, §. 1. *Inst. h. t.* Mas como esto fuese molesto, Cayo Aquilio Galo, célebre jurisconsulto del tiempo de Ciceron, discurrió la aceptilacion, que del nombre del inventor se llama *Aquiliana*, por la cual se pudiesen suprimir todas las obligaciones, aun las nacidas de otros contratos. La fórmula embarazosa é intrincada que se debia observar está inserta por Justiniano en el §. 2. *Inst. h. t.* Pero nosotros la describiremos con mas claridad. Digimos que en la aceptilacion vulgar se hacia una sola pregunta: en la Aquiliana se hacian dos. Por la primera se verificaba una novacion. Por ejemplo, el acreedor decia: *lo que tú me debias por mútuo, me lo prometes ahora de nuevo?* Si

entonces respondia el deudor: *te lo prometo*, al momento quedaba hecha la novacion, en consecuencia de la cual ya despues no se debia por mútuo, sino por estipulacion. En seguida con otra pregunta se quitaba tambien esta última obligacion, cuando el deudor preguntaba: *lo que yo te he prometido, lo tienes ya recibido?* En respondiéndose: *lo tengo recibido*, toda la primer obligacion procedida del mútuo se entendia suprimida por la aceptilacion Aquiliana, sin embargo de que por otra parte la aceptilacion no pertenecia al mútuo. Cualquiera puede conocer que hoy no hay necesidad de estos rodeos, por cuanto entre nosotros todos los pactos producen el mismo efecto que las estipulaciones. Por consiguiente, si por medio de un pacto nudo perdonamos á alguno una deuda, el efecto de esta remision no será menor que el de la aceptilacion. No obstante, conviene que el jurista sepa esto, porque de otro modo no penetraria la analogía del Derecho, ni entenderia otras varias cosas en nuestro mismo Derecho civil. Los romanos no podian carecer de estas fórmulas por las razones que espusimos en nuestra Orac. inaug. *de veteri jurisprudentia formularia.* Todo esto es para nosotros de poca importancia, por cuanto no reconocemos diferencia entre los pactos y contratos.

§. MXXIX. — MXXXI.

VIII. Falta el otro modo de suprimir la obligacion propio de los contratos consensuales, á saber, el *mútuo disentimiento*, que no es otra co-

sa mas que un convenio contrario á otro convenio consensual anterior aun no cumplido, §. *ult. Inst. h. t.* Por ejemplo: antes habíamos consentido en comprar y vender tal casa en mil florines, y ahora nos convenimos en qne no la compraremos y venderemos. Aqui tenemos el mútuo disentimiento. Nada en esto hay oscuro ni digno de notarse, á escepcion de que de esta suerte solo se disuelven las obligaciones, estando aun íntegra la cosa, esto es, no cumplido aun el contrato. Si está ya cumplido, podemos sí mudar la voluntad; pero entonces mas bien se contrae un nuevo contrato, que no se disuelve el que existia anteriormente. Por ejemplo: si ya se me entregó á mi la casa, y ya pagué yo el precio, y sin embargo nos separamos del contrato, recibiendo yo el dinero y volviendo la casa; esto será una nueva compra venta, y habrá que pagar doble contribucion, cuando si nos apartásemos por mútuo disentimiento, estando aun la cosa ínregra, ninguna tendríamos que pagar.

LIBRO CUARTO.

TÍTULO I.

De las obligaciones que nacen del delito.

§. MXXXII. – MXXXVIII.

Aun no hemos acabado de tratar del derecho á la cosa, el cual digimos nacer de la obligacion. La obligacion se derivaba ó inmediatamente de la equidad y la ley, ó mediatamente de un hecho. El hecho obligatorio era ó *lícito* ó *ilícito*. El lícito se llamaba *convenio*, por cuya razon se ha tratado hasta aqui de los *contratos*. El ilícito se llama *delito* ó *maleficio*, cuya doctrina esplica Justiniano en los cinco primeros libros de este título. Y aun cuando en la Instituta prometa la rúbrica el tratado *de la obligacion que nace del delito*, y en todo el título tan solo se hable de una de las especies de delito, á saber, del hurto, sin embargo, nosotros supliremos este defecto, y antes de llegar á la doctrina del hurto diremos brevemente, 1º qué cosa sea delito, §. 1033.: 2º de cuántas maneras, §. 1034. 1036.: 3º qué acciones nacen de ellos, §. 1037. y sig.

I. Delito es *un hecho ilícito cometido espontáneamente, por el cual uno queda obligado á la restitucion, si puede verificarse, y á la pena.* Nada sobra en esta definicion. Llámase el delito un *he-*

cho, porque nadie sufre castigo por sus pensamientos, segun la *L.* 18. *ff. de pœn.* Llámase hecho *ilícito*, porque no habiendo ninguna ley prohibitiva, ni natural, ni civil, no se delinque. Por ejemplo: si no está prohibida la caza, no comete delito el que coge una fiera. Pero luego que el sumo imperante lo prohibe, el que contraviniendo á esta ley caza, delinque. Se añade en la definicion, cometido *espontáneamente*, pues lo que hacemos por fuerza y con repugnancia no puede imputársenos. Por esto no delinque el que precipitado desde lo alto hiere á uno que pasa. Finalmente se añade, *por el cual uno queda obligado á la restitucion &c.* El fundamento de esta obligacion lo esplica muy bien Grocio *de J. B. et P. lib. II. C.* 17. § 22. Todo el que comete un delito, causa daño á otro y peca contra las leyes. El que causa daños está obligado á la restitucion: el que obra contra las leyes queda obligado al castigo. Por todo delito pues se puede pedir la restitucion del daño y la pena. Y no sin razon decimos que está obligado á la restitucion, *si puede verificarse*, y á la pena. Efectivamente, á veces no se puede hacer que lo que está hecho se vuelva atras, ni puede estimarse el daño. Por ejemplo, se se mata un hombre, ni puede volvérsele á la vida, ni esta puede estimarse en un precio determinado, y por tanto, en estos casos cesa la restitucion, y basta la pena.

II. A la definicion del delito siguen las divisiones, que son varias. Porque, 1º el delito es ó *verdadero* ó *cuasi delito.* Aquel se comete por dolo, y este por culpa. V. gr. si un juez á sa-

biendlas pronuncia con dolo malo una sentencia injusta, delinque verdaderamente; pero si lo hace solo por falta de prudencia, cuasi delinque. Se objeta sin embargo el daño causado injustamente (*injuria datum*), el cual se llama verdadero delito, y no obstante se comete asi por culpa como por dolo. Pero se responde que entonces se saca la denominacion de lo mas notable, aunque la accion de la Ley Aquilia, segun los diversos respectos puede derivarse, ya de un verdadero, ya de un cuasi delito. Observó esto Tomasio en sus *Schol. et Nov. Addit. ad B. Huberi Prælet. Inst. lib. 4. tit. 3. §. 3.* Ademas, el verdadero delito ó es *público ó privado.* Se dice público el que daña á la seguridad de la república, y por esta razon se le aplica un castigo público; por ejemplo, el crímen de lesa Magestad, de homicidio &c. Por el contrario, privado se llama el que perjudica al patrimonio particular, esto es, á lo que se llama tuyo y mio, por cuya razon hay contra él una accion ó persecucion particular. De aquellos no se trata hasta el último título. De la clase de estos habia cuatro entre los romanos; hurto, rapiña, daño causado injustamente, é injuria, de los cuales hablaremos en otros tantos títulos. Finalmente, el delito público ó es *ordinario ó estraordinario.* Ordinario es aquel sobre el cual existe una ley particular, en que hay señalada para él una pena determinada y ordinaria. Tales son las leyes Julias de magestad, de adulterios, de la fuerza pública y privada, de peculado, de intriga: las leyes Cornelias de sicarios y envenenamientos, y de falsedades: la

ley Pompeya de parricidios: la ley Fabia de plagiarios &c. Todos estos delitos pues son de los públicos ordinarios, que tambien se llaman *crímenes.* Por el contrario, los estraordinarios son aquellos acerca de los que no existen ningunas leyes singulares, no obstante que merezcan una pena estraordinaria. Asi por ejemplo, no habia ninguna ley sobre los que rompian los diques del Nilo. sin embargo de lo cual, por cuanto este atentado era de muy mal ejemplo, el que habia hecho esto, era quemado vivo. Luego este era un crímen estraordinario.

III. El efecto de los delitos es que de ellos nazcan dos acciones. Estando el delincuente obligado á la restitucion y al castigo, §. 1032., las acciones por las cuales pedimos que se nos resarzan los daños, se llaman *rei persecutorias*, y aquellas por las que exigimos la pena, se llaman *penales.* V. gr. por la *condiccion furtiva* nada pido mas que la restitucion de la cosa robada, ó su estimacion: luego es rei persecutoria. Mas por la *accion de hurto* pido el duplo ó el cuadruplo, y esto comprende sola la pena: por consiguiente esta accion es penal. Entre estos géneros de acciones hay muchas diferencias. Porque, 1º las acciones rei persecutorias se dan contra los herederos, á lo menos respecto de lo que ha llegado á ellos, *L. un. C. es del. def. her. quemad. conv.*; las penales no competen contra ellos, á no ser que el pleito esté contestado con el difunto, §. 1019. 2º Las rei persecutorias no infaman, y sí las penales. 3º Por las rei persecutorias, aunque sean muchos los delincuentes, estan obligados *in soli-*

dum; pero en pagando uno quedan libres los demas; por las penales tan obligados *in solidum* estan los cómplices, que aunque uno pague los demas no quedan libres. De esto se puede inferir que las acciones penales y reipersecutorias no se quitan mútuamente, y que por consiguiente puede entablarse á un mismo tiempo, *L.* 34. §. 2. *ff. de O. et A.* La razon de esto se hallará en el §. 1033. Solamente añado que no de todos los delitos nacen acciones rei persecutorias y penales; porque en los mas de ellos con una sola y misma accion se solicita la cosa y el castigo.

§. MXXXIX. — MXLVI.

Dados ya estos preliminares pasamos á hablar del primer delito privado, que es el hurto, y trataremos, 1º de su naturaleza, §. 1039. 1046.: 2º de sus varias especies, §. 1047. 1060.: 3º de las acciones que nacen de este delito.

I. La naturaleza del hurto la inferimos de la antigua definicion que nos presenta el §. 1. *Inst. h. t.* El hurto es el acto de tomar fraudulentamente, con el ánimo de sacar utilidad, una cosa, ó tambien el uso ó posesion de ella, lo cual está prohibido por la ley natural. La misma difinicion tenemos en la *L.* 1. §. 3. *ff. de furt.* Decimos primero, que el hurto es el acto de tomar. Y por qué no decimos mas bien que es la sustraccion? Respondo; porque no solo es ladron el que quitó ó sustrajo, sino tambien el que movió la cosa con ánimo de sustraerla, aun cuando no la haya sustraido. Por ejemplo: si cojo en mi casa á un

cente; y es porque en tanto que no la aden, es *nullius*, *L. 68. ff. de furt.* Mas no obstante, como esto seria de muy mal ejemplo, nació de aqui el nuevo y estraordinario crímen *expilatæ hæreditatis.* De lo mismo inferimos, (i) que entre cónyuges durante el matrimonio no se comete hurto. Porque las cosas de un cónyuge respecto del otro no se tienen por agenas, por causa de la comunion del uso de las cosas, en la cual viven. No obstante, si un cónyuge amenazando divorcio, sustragere algo al otro cónyuge, en lugar de la accion de hurto se da la accion *de cosas quitadas* (*rerum amotarum*); la cual es tan solo reipersecutoria. Por último, (k) se deduce que no hay hurto entre padre é hijo, á saber, en cuanto al efecto civil (porque moralmente el hijo que sustrae á su padre no deja de ser ladron), de suerte que nazca la pena de hurto y la accion derivada de él, §. 12. *Inst. h. t.* Efectivamente, el hijo en vida de su padre es tenido de cierto modo por dueño de las cosas paternas, §. 587. Luego si sustrajo algo, no se puede decir que sea el acto de tomar una cosa agena. Decimos en fin, *con el ánimo de sacar utilidad*; porque si uno por una pasion desarreglada roba una sierva, si tomó una cosa mia por hacer daño, si para causar afrenta sustrajo algo, será reconvenido ó por la ley Aquilia, ó por la accion de las injurias, mas no por la accion de hurto, *L. 39. pr. ff. de furt. L. 53. ff. eod. L. 5. §. ult. ff. ad L. Aquill.*

§. MXLVII. — MLX.

II. Esto en cuanto á la naturaleza del hurto; ahora siguen sus varias divisiones. El hurto ó es de *cosa*, ó de *uso*, ó de *posesion*. El hurto de cosa se comete por aquel que sustrajo una cosa mueble (porque si se causa estorsion en una inmueble, esto será fuerza, no hurto); y por mueble se entiende tambien los hijos y esclavos, como que son cosas, no personas, §. 79. 85.* Si no obstante, alguno arrebató á un hombre libre, se dice que ha cometido un *plagio*, del cual trataremos abajo en el §. 1368. El hurto de uso es cuando uno, aunque no sustraiga la cosa agena, usa de ella contra la voluntad de su dueño de otra manera que debia. Por ejemplo: si alguno usa de una cosa que tiene en depósito, debiendo custodiarla, ó usa de un caballo prestado hasta Groninga, habiéndosele concedido solo hasta Leovardia, *L.* 40. *pr. ff. de furt. L.* 54. *L.* 76. *ff. eod.* Valerio Máximo, *lib.* 8. *cap.* 2. y Gelio, *lib.* 7. *cap.* 15., refieren haber sido condenado en Roma como ladron uno que habiendo recibido prestado de un amigo un caballo hasta Aricia, le llevó fuera de la ciudad á un monte cercano. Tan rígida era la disciplina de los antiguos romanos. Finalmente, hay hurto de *posesion* cuando uno sustrae una cosa propia que otro posee justamente, v. gr. si el deudor sustrae una prenda al acreedor, §. 10. *Inst. h. t.* 2º Ademas, el hurto segun la ley de las XII. tablas se divide en manifiesto, no manifiesto, concebido, ofrecido, prohibido, y no exhi-

bido. Era *manifiesto* cuando el ladron era cogido en el mismo acto de robar, ó antes que trasladase las cosas al sitio donde se dirigia. Este hurto está descrito por Virgilio en la Ecl. 3. v. 15.

Nonne ego te vidi, Damonis, pessime, caprum
Excipere insidiis, multum latrante Lycisca?
Et quum clamarem, quorsum se proripit iste?

Este hurto por el peligro que amenazaba al dueño era castigado mas gravemente, á saber, con el cuadruplo; porque en efecto, los ladrones que son sorprendidos y reducidos á la desesperacion, suelen defenderse con armas. *No manifiesto* es cuando el ladron no es cogido robando ni en el camino. Esto se castigaba con el duplo, segun la misma ley de las XII tablas, §. 3. *Inst. h. t. Concebido* era el hurto buscado y hallado por medio de la máscara y el licio, §. 4. *Inst. h. t.* Hemos descrito este rito oscuro por su antigüedad en nuestras *Ant. Rom. h. t.* §. 13. *y sig.* Es de saber que los que iban á buscar una cosa furtiva marchaban desnudos, no fuera que tal vez para calumniar introdujesen algo en la casa. No obstante, para mirar por el pudor cubrian los lomos con una faja que llamaban *licio.* Los ojos y la cara los cubrian con una máscara agujereada. Ahora pues, si hallaban la cosa furtiva que buscaban, el inquilino era reo de hurto encontrado, y por eso segun la ley de las XII tablas estaba obligado al triplo, y despues al duplo, Gel. *Noct. Att. lib. II. cap.* 18. Pero este modo de encontrar los hurtos pareció desde luego poco decoroso; ya en tiempo de la república libre cayó en des-

uso; tan lejos está de observarse en el dia. Asi pues, si hoy se necesita buscar la cosa furtiva en una casa sospechosa, esto no se hace por autoridad privada, sino por mandato de juez por medio de alguaciles. El hurto *ofrecido* es cuando el ladron da á otro la cosa furtiva, ó la arroja en un fundo ageno para que sea hallada en poder de otro y no en el suyo, §. 4. *Inst. h. t.* El que hacia esto era condenado en el triplo, lo cual era solo por via de castigo, Gel. *ib.*, y Paul. *Rec. Sent. II.* 31. Hurto *prohibido* es cuando uno no admite á los que quieren buscar la cosa furtiva y les prohibe buscarla. No se sabe á punto fijo la pena que en este caso se imponia, sin embargo de que es probable que fuese el duplo. Hurto *no exhibido* es cuando uno niega tener en su poder la cosa furtiva y no la exhibe, siendo asi que despues se le encuentra, §. 4. *Inst. h. t.* La pena de este hurto era el duplo, segun probamos claramente en el §. 1058. *, por el notable pasage de Plauto, *Pœn. Act. III. sc. I. v.* 54. *y sig.*; sobre cuyo punto es increible cuanto han disputado los críticos. Empero de todas estas especies de hurto no se hacia ya por Derecho antiguo ningun uso, segun confiesa el mismo Justiniano, §. 4. *Inst. h. t.* Y en el dia suelen los magistrados en todos estos casos imponer una pena estraordinaria con proporcion al delito y á la diversidad de las circunstancias. Finalmente, el hurto ó es *diurno*, ó *nocturno*. Aquel se hace de dia; este de noche. Los ladrones nocturnos se llamaban *dormitatores*, porque de dia solian dormir y de noche robar. El hurto nocturno tiene de singular el ser lícito

matar al ladron de esta especie, con tal que el que le mata *quirite*, es decir, grite y convoque los vecinos; lo cual antiguamente se acostumbraba hacer con esta fórmula: *Quirites, vestram fidem*, ó *Porro Quirites*; y de aqui viene el vocablo *quiritar* (gritar). Esto es lo que habian establecido las XII tablas y el derecho Justiniáneo, *L.* 54. §. 2. *ff. de furt. L.* 9. *ff. ad L. Corn. de sicar*; y asi se ve dispuesto por una ley de Solon, y por el Derecho divino, *Exod.* 22. 3.; siendo de admirar la concordia de todos los legisladores sobre este punto. Y del hurto diurno que hay dispuesto? Será lícito matar al que es cogido en casa? De ningun modo, porque de dia es mucho mas fácil que de noche convocar hombres que den auxilio. Solo se escptua el caso en que el ladron se defendiere con armas, porque entonces de cualquiera modo puede uno tratar de defender su vida, segun dichas leyes.

§. MLXI. — MLXV.

III. Ahora siguen las persecuciones que nuestro Derecho concede contra los ladrones. Segun él podemos obrar *civil ó criminalmente*. Si obramos civilmente, pedimos que se nos pague la pena pecuniaria; pero en el segundo caso solicitamos que se proceda criminalmente contra el ladron, v. gr. azotándolo ó cortándole las manos &c. Ademas, obramos civilmente ó por la accion reipersecutoria para que se nos resarza el daño, ó por la accion penal para recoger la pena pecuniaria ó multa. La accion reipersecutoria que nace de es-

te delito es la *condicion furtiva*; la cual tiene algo de singular. Efectivamente, por lo regular segun nuestro Derecho se observa la regla de que *nadie interpone condiccion para su cosa*, es decir, que nadie pide su cosa con accion personal, sino que la *vindica*, esto es, la solicita por accion real, §. 14. *Inst. h. t.* Pero en este caso se ha permitido contravenir á esta regla por odio á los ladrones, para que estos estuviesen obligados por mas acciones. Por esta razon puedo *vindicar* una cosa del ladron, ó *pedirla por la condicion* furtiva; vindicarla de cualquier poseedor, ó entablar la *condicion* contra el ladron ó sus herederos. Por lo cual se concede la condicion furtiva al dueño, no á otro (en lo que difiere de la accion de hurto), contra el ladron ó sus herederos para obtener la restitucion de la cosa furtiva ó su estimacion. Esta accion no infama porque es reipersecutoria, *L.* 36. *ff. de O. et A.* Llámase accion penal la *accion de hurto*, diferente de la anterior por muchos respectos. 1º Aquella se daba solo al dueño; esta se daba tambien á uno que tuviese interes en ello. Por ejemplo: si á mí se me prestó un libro y me lo sustrae un ladron, tengo la accion de hurto, porque en ello me va á mí interes, puesto que debo pagar al dueño mi culpa, §. 11. *Inst. h. t.* 2º Aquella compete tambien contra los herederos, porque perseguimos ó tratamos de recobrar la cosa; esta no se da contra ellos, §. 1038. 2. 3º Aquella se da para el simplo, es decir, para que la cosa se restituya; esta se da para la pena del duplo ó del cuadruplo, segun que el hurto es manifiesto ó no manifiesto. 4º Aquella no infa-

tema; esta es famosa. Cuyas diferencias deben tenerse presentes, y ademas se notará que una de estas acciones no quita la otra. Porque si ya he conseguido la pena, aun tengo la condicion para recuperar la cosa furtiva; y si recibí la cosa, todavía puedo solicitar la pena. Por el contrario, la condicion furtiva y la vindicacion de la cosa, y asimismo la accion de hurto y la persecucion criminal, no pueden acumularse porque tienden á una misma cosa. Asi se obraba civilmente. Fuera del orden regular tambien se obraba *criminalmente* para que se pagase al fisco la multa, se impusiese la pena de azotes, se cortasen las manos, ó se aplicase otra pena corporis aflictiva, *L. 6. ff. ad leg. Jul. pecul.* Pero Justiniano prohibió mutilar el cuerpo del ladron, ó matarlos, y quiso que fuesen desterrados. Linda severidad! Qué cosa mas apetecible para los ladrones que el destierro? Todo lo llevan consigo, y no menos pueden robar en el destierro que en su patria. Luego esta pena no afligirá mas á los ladrones, que mortificaba al cangrejo el horrible suplicio que se dice habérsele impuesto por no sé que gente, esto es, el ser arrojado en el agua para que se ahogase.

§. MLXVI. — MLXX....

TITULO II.

De los bienes robados

§. MLXXI.–MLXXV.

Hasta aqui hemos hablado del primer delito privado, que es el hurto. Sigue otro, la *rapiña*, ó como le llama el pretor en su edicto, *vis bonorum raptorum.* Sobre él diremos, 1º en qué consiste su naturaleza, §. 1071. 1075.: 2º cuál es la pena del robador segun el Derecho romano, §. 1076. 1078.

I. La naturaleza de este delito se infiere de su definicion. La *rapiña* es la sustraccion violenta de una cosa mueble agena, hecha con dolo malo para sacar utilidad. Decimos, 1º que la rapiña es la sustraccion *violenta*; porque (a) en esto se diferencia del hurto, el cual es el acto de tomar fraudulentamente; siendo asi que la rapiña consiste en la violencia. (b) Tambien se diferencia en esto de la *concusion.* Porque si alguno obliga á otro con fianza y amenazas á que le dé, es reo de concusion; pero si él mismo lo arrebata, se tiene por robador. Decimos, 2º que la rapiña es la sustraccion *de una cosa mueble*; en lo cual conviene con el hurto. De aqui inferimos (c) no ser reo de rapiña el que echa á otro de la posesion de una cosa inmueble, y que este debe ser reconvenido por la accion de *vi publica et privata*, ó por el interdicto *unde vi*, *L.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Añadimos 3º de una cosa mueble *agena*; y esto es comun al hurto y á la rapiña. Pero se pregun-

ta: si en el caso de que alguno saque por fuerza una cosa propia á otro, se debe tener tambien por robador? Resp. que no, por cuanto la definicion de la rapiña no cuadra á este caso, *L.* 2. §. 18. *ff. vi bon. rapt.* Sin embargo, no quedará impugne el que se hace justicia por su propia mano sin aguardar el auxilio del juez. En efecto, son de notar dos leyes, *L. extat* 13. *ff. quod met. causs.*, y *L. si quis in tantam* 7. *C. unde vi*; en las cuales se manda que si uno saca por fuerza una cosa propia á otro, pierda el dominio de esta cosa. Y si sacare por fuerza como suya una cosa agena, no solo la ha de restituir, sino que ademas está obligado á pagar su estimacion. Por lo demas, entre la *L. extat*, y la *L. si quis in tantam*, hay la diferencia de que aquella trata de las cosas muebles, y esta de las inmuebles ó raices. Finalmente, 4º añadimos que la rapiña se hace *con dolo malo y por obtener una utilidad.* Luego cesando el dolo, v. gr. si el que tomó la cosa estaba loco ó borracho, cesará la pena ordinaria. Por lo que respecta á la ganancia, aqui no se pregunta cuanta fue la que obtuvo el robador, sino solo si robó para obtenerla. Y asi es que hay ejemplos de hombres que por haber robado en un camino público á una muger algunas monedas fueron condenados á muerte, *L.* 2. §. 18. *ff. h. t.*

§. MLXXVI. — MLXXVIII.

II. Vamos á hablar de la pena que impone el Derecho romano. Procedian los romanos contra

los que robaban, ó *civilmente*, ó fuera del orden comun y regular *criminalmente* para imponer la pena capital ú otra corporisaflictiva. Los que obraban civilmente tenian dos acciones, la *de hurto manifiesto*, ó la accion *vi bonorum raptorum*, porque Justiniano no dudó que la accion de hurto debia convenir tambien en este caso, por cuanto el robador no dejaba de ser un detestable ladron, *pr. Inst. h. t.* Si uno intenta la accion de hurto manifiesto, consigue el cuadruplo de lo que se ha robado. Si entabla la accion *vi bonorum raptorum*, consigue igualmente el cuadruplo, *d. pr. Inst. h. t.* Qué diferencia pues hay entre estas acciones? Y por qué las leyes concedian dos acciones, ninguna de las cuales es mas pingüe que la otra? Se responde que media una gran diferencia, y que la accion de hurto manifiesto es mucho mas pingüe que la otra *vi bonorum raptorum.* Porque 1º la accion de hurto manifiesto es meramente penal; este cuadruplo contiene solo la pena, y el que la ha conseguido puede todavía pedir por la condicion furtiva la cosa robada ó su estimacion; pero la accion *vi bonorum raptorum* no es meramente penal, sino que la pena es del triplo; lo que escede de esto contiene la estimacion de la cosa, y por tanto fuera de este cuadruplo no puedo repetir la cosa robada. 2º La accion de hurto manifiesto es perpetua, y cuando quiera que se instituye se da para el cuadruplo; por el contrario, la accion *vi bonorum raptorum*, por ser pretoria, se da solo dentro de un año para el cuadruplo, y pasado este solamente para el simplo. Asi se obraba civil-

los barberos ejerciesen su oficio en un camino público. Pero nos saca de la duda un epígrama de Marcial, *lib. VII. ep.* 60., en el cual se manifiesta que Domiciano habia quitado esta costumbre: las palabras del epigrama son estas:

Nula catenatis pila est præcincta lagenis,
Nec prætor medio cogitur ire luto.
Fringitur in densa nec cæca novacula turba,
Occupat aut totas nigra popina vias.
Tonsor, caupo, coquus, lanius; sua limina servant:
Dunc Roma est, nuper magna taberna fuit.

Hasta la debilidad es imputada por la ley Aquilia. Asi es, que si uno v. gr. loca su servicio para hacer de cochero siendo tan débil que no pueda refrenar los caballos fogosos, y estos pisoteasen á un siervo, ó causan otro daño, esto se imputará al cochero, cuya culpa consiste en que sabiendo su debilidad emprendió cosas superiores á sus fuerzas. Véase el §. 4. *sig. Inst. h. t.* Cualquiera pues que sea la culpa que concurra, tiene lugar la accion de la ley Aquilia, porque basta que se haya causado un daño injustamente. 2º De aqui inferimos que el que usa de su derecho á nadie hace injuria, porque de esta manera el daño no se hace injustamente. Asi es que si, por ejemplo, hago un pozo en mi heredad, y sucede que se cortan las venas del pozo de un vecino, no hay lugar á la accion de la ley Aquilia por cuanto he usado de mi derecho. Y aqui pertenece lo que en la *L. 1. C. unde vi* se llama *moderamen inculpatæ tutelæ*, que es cuando uno mata al agresor; pues lo que uno hace en defensa de su vida, se considera que

lo hace con derecho, *L. 3. ff. de Just. et Jure.* Pero no puede usar de esta defensa, á no ser 1º que sea otro el agresor; por lo cual en un desafio no hay lugar á ello: 2º que el peligro sea inminente, y que no pueda evitarse de otro modo, §. 2. *Inst. h. t.*: 3º que esta muerte se verifica incontinenti. Porque si evitado ya el peligro mata uno al agresor, no quedará sin castigo: 4º de aqui colegimos que si por casualidad causare yo daño á otro, cesa la accion, §. 3. *Inst. h. t.* Por ejemplo: si jugando con un dardo hiriere á alguno, si disparando una escopeta se rompe á otro la cabeza, cesa la accion, porque el caso fortuito nadie lo paga, ni en los contratos ni en los delitos. Pero sin embargo se debe tener presente la limitacion de que la cosa suceda en cosa lícita, lugar lícito, y de un modo lícito. Asi es que si uno al disparar una escopeta en un camino público causa daño por casualidad, no deja de ser culpable, porque en sí es ilícito disparar una escopeta en un camino público.

§. MLXXXV. _ MXCI.

II. En la otra parte de este título tratamos de los capítulos de la ley Aquilia, los cuales fueron muchos, segun observa muy bien Ger. Nood. en su obra *de la ley Aquilia*, *c. 1.* Tres son sin embargo los que se cuentan en la Instituta; el segundo de los cuales desapareció tan completamente, que en el dia ni siquiera consta de que trataba. No obstante, en nuestras *Ant. Rom. h. t.* §. 5. *sig.* hemos hecho mencion de

embargo estimacion los gastos hechos para curarse, y lo que se llama obras cesantes y daños emergentes; y el reo será entonces obligado á pagar esta estimacion, *l.* 13 *ff. h. t.* 2º Otro atributo es que en esta accion los resultados se agravan negando; es decir, que si uno confiesa desde luego haber causado el daño, es condenado en el simplo, esto es, en el mayor valor que tuvo la cosa en el año ó mes anterior. Pero si se obstina en negar que él ha causado el daño, y despues sale convencido, será condenado en el duplo, en castigo de la mentira y calumnia, §. 26. *Inst. h. t.* En lo cual es digna de alabanza la severidad de los romanos, que no sufrian que nadie mintiese impunemente en un acto judicial. 3º El tercero y último atributo consiste en ser triple esta accion. Porque si alguno con el cuerpo causó daño al cuerpo, se llama accion *directa*; por ejemplo, si uno mató el siervo de otro. Si alguno aunque causó daño al cuerpo, no lo hizo con el cuerpo, se llama accion *útil*; por ejemplo, si uno persuadió á un siervo mio á que se subiese á un arbol, y despues se cayó de él. Finalmente, si nada se ha hecho ni al cuerpo ni con el cuerpo, y no obstante á mí se me causó daño, se llama accion *in factum*; v. gr. si uno desató á un siervo mio que yo tenia atado, y despues se escapó. Asi se espresa Justiniano en el §. *ult. Inst. h. t.* La primera accion nace de las palabras de la ley Aquilia, la segunda de la interpretacion de los jurisconsultos, y la tercera del edicto del pretor.

TITULO IV.

De las injurias.

§. MXCVI. _ MC.

El último delito privado es la *injuria*; cuya palabra se toma aqui en un sentido distinto que en el título anterior. En él se llamaba injuria ó injusto lo que no se hace con derecho, §. 1081.; aqui injuria significa una afrenta ó ignominia que se hace á alguno, y sobre ella examinaremos: 1º que cosa sea y de cuantas maneras la injuria, §. 1096. _ 1100.: 2º que persecuciones se dan contra las injurias por derecho romano, §. 1101. — 1110: 3º cuando cesan estas acciones, §. 1111.

I. Se pregunta, qué cosa sea y de cuántas maneras la injuria? La definicion es clara. Es cualquier dicho ó hecho dirigido con dolo malo á la afrenta de otro. De esta definicion se derivan varias conclusiones. En efecto, consistiendo la injuria en un *dicho* ó en un *hecho*, se infiere que es *verbal* (la que se hace con palabras afrentosas) ó *real* (cuando con un hecho ofende la estimacion de otro; v. gr. empujándolo, azotándolo &c.). Suelen añadir otras dos especies: la escrita, que se hace con escritos ofensivos; y la *pintada*, que se verifica por medio de pinturas. Pero no hay inconveniente en referir la escrita á la verbal, y la pintada á la real. Ademas, como una afrenta puede ser mayor ó menor que otra, se sigue que la injuria es *simple* cuando no hay circunstancias que la agraven, y *atroz* cuan-

do median circunstancias agravantes. Estas circunstancias agravantes son: 1º la atrocidad del hecho, v. gr. si uno ha sido azotado ó rempujado: 2º la celebridad del sitio, por ejemplo, si uno injuria á otro en un templo, en la plaza ó en un tribunal: 3º la dignidad de la persona, v. gr. si la injuria fue hecha á un magistrado: 4º la solemnidad del tiempo, v. gr. si uno al casarse ó al asistir á un funeral es injuriado, §. 9. *Inst. h. t.* Hablamos ademas en la definicion de *dolo malo*, porque sin dolo ó ánimo de injuriar no puede haber injuria. De lo cual se infiere: 1º que un furioso, un infante, ni un loco no son reos de injuria aunque digan ó hagan alguna cosa que sea dura é inmodesta, *L.* 3. §. 1. *ff. h. t.* 2º Que lo que se dice chanceándose, no se debe tener por injuria, *L.* 3. §. 3. *ff. eod*; sobre cuyo punto debe sin embargo atenderse á la dignidad de las personas. Porque si un plebeyo dice que se ha chanceado v. gr. con un príncipe, esta disculpa no seria admisible, pues con personas de clase tan encumbrada no es lícito chancearse con semejante irreverencia. Cesa tambien la injuria, 3º si uno tuvo intencion, no de injuriar, sino de dar á un siervo una bofetada, y al darla se fue la mano, hiriendo á un hombre libre, *L.* 3. §. 4. *L.* 4. *ff. h. t.* Y qué sucederá si no tratando de herir á un siervo sino á Ticio, herí á Mevio? Cesará entonces la accion de las injurias? No por cierto, porque el que hiere á un siervo, heria en una cosa lícita; pero el que hiere á Ticio, que es hombre libre, delinque: 4º por último deducimos no ser reo de injurias el que con intencion

de enmendar y corregir dijo ó hizo algo, por ejemplo, un ministro del altar, un magistrado, un preceptor. Pero sin embargo esta presuncion admite prueba en contrario. Si pues puede probarse que un ministro de la iglesia se desenfrenó contra alguno, no por via de enmienda, sino con ánimo de injuriar, y por satisfacer á pasiones innobles, estará obligado por la accion de injurias. Sobre esto se ve un caso en la *L.* 5. §. 3. *ff. ad L. Aquill.* Un zapatero que tenia de aprendiz á un muchacho, en una ocasion en que este hacia mal un zapato, le hirió con una horma en tales términos que echó sangre por los ojos. Se preguntaba si se daria contra el tal zapatero la accion de injurias? Se niega en dicha ley, porque si hirió fue con ánimo de corregir. Pero no obstante, por cuanto causó daño por su culpa, se concedia contra él la accion de la ley Aquilia. Finalmente, se dice en la definicion: *dirigido á la afrenta de otro.* Esto puede hacerse de dos modos: ó *directamente*, de manera que nosotros mismos suframos la injuria; ó *indirectamente*, causándosenos la injuria por medio de alguno de nuestra familia. Por eso v. gr. el padre tiene la accion de injurias si su hija fue injuriada; el marido si lo fue su muger; el señor si se dirige al siervo la afrenta (porque segun el derecho romano, al mismo siervo no se le puede hacer mas injuria que á un perro). Pero se pregunta si tambien la muger tiene la accion de injurias por una afrenta hecha al marido? Se niega, pues seria indecoroso que el marido fuese defendido por la muger. Esceptúase solo el caso de que la injuria hecha al marido

ofenda al mismo tiempo el honor de la muger; por ejemplo, si uno llamó al marido cabron, es igual que si hubiese llamado adúltera á la muger: luego tanto el marido como la muger tendrán en este caso la accion de injurias, Véase el §. 2. *Inst. L.* 1. §. 3. *sig. L.* 11. §. 8. *ff. h. t.*

§. MCI._MCX.

II. Hemos visto que cosa sea y de cuantas maneras la injuria. Ahora esplicaremos las varias persecuciones judiciales que competen al injuriado. Las principales son cinco. 1º La persecucion pretoria estimatoria. 2º La persecucion estraordinaria criminal. 3º La accion civil y criminal de la ley Cornelia de injurias. 4º La retorsion. 5º La accion para conseguir la retractacion ó palinodia. I. La *accion pretoria estimatoria* trae orígen de la maldad de un tal Luctacio Neracio, hombre perverso, segun nos dice Aul. Gel. *Noct. Astic. lib. XX. C.* 1. Por la ley de las XII. tablas la pena de las injurias eran veinte y cinco ases, suma considerable en los primeros tiempos de la república, pero que habiéndose aumentado despues las riquezas de los romanos, se tenia por nada. Como el tal Neracio tuviese el mayor gusto en abofetear y dar puñadas á hombres libres, acostumbraba salir de casa acompañado de un lacayo que llevaba un bolsillo de dinero. Al primero que encontraba le daba una bofetada, y al instante echaba mano á la bolsa el siervo, y pagaba los veinte y cinco ases. Sabiendo esto el pretor, quitó la multa de los veinte y cinco ases, im-

puesta á los injuriantes, y concedió á los injuriados la facultad de estimar la injuria en cierta cantidad de dinero, condenando en ella al reo, salvo alguna moderacion en dicha cantidad. Asi que, esta accion estimatoria se da al que sufrió la injuria, contra el que se la hizo, para que pague cierta cantidad en que se haya estimado: por tender solo á la venganza, es odiosa, y no se concede ni al heredero, ni contra el heredero, ni pasado un año, §. 7. *sig. Inst. h. t.* II. La persecucion criminal se concedia estraordinariamente en ciertos casos: 1º por una injuria atroz: 2º por una injuria hecha al culto divino ó á los que le desempeñan, *L.* 10. *C. de ep. et cler.*; y 3º por un libelo infamatorio, por el cual se entiende un escrito en que uno imputa á otro algun crimen infame ó capital, ya sea suponiendo el nombre, ya espresándole, esparciéndole por el público con fin siniestro. Por esta y la segunda causa tiene lugar la pena capital, *L. un. C. de famos. libell.* Por la injuria atroz la pena es arbitraria, de relegacion, azotes, obras públicas &c. §. 10. *L. ult. ff. h. t.* Por lo demas debe aqui observarse que la accion estimatoria y la persecucion criminal no pueden acumularse, y que antes bien se escluyen mútuamente, porque ambas son penales, y por un solo delito nadie puede ser castigado dos veces. Luego el que obra criminalmente, en vano pide la estimacion; y el que entabla la accion estimatoria, en vano obrará criminalmente. Las acciones que tienden á una misma cosa no pueden ser acumuladas, *L.* 6. *L.* 7. *ff. h. t.* III. La tercera es la accion de la *L. Cornelia de injurias*, asimismo

civil, es decir, estimatoria; ó criminal, que se da para una pena arbitraria. Consiguiendo pues lo mismo por la accion de la ley Cornelia, que por la accion pretoria estimatoria, y la persecucion criminal, hay alguna diferencia entre estas acciones, ó mas bien deberá decirse que una de las dos es superflua? Respondo que en realidad hay una gran deferencia. 1º La accion pretoria es general, y se concede por cualquier injuria verbal, ó real; la accion de la ley Cornelia es especial. Se da por tres injurias reales, á saber: 1º si alguno fue azotado: 2º si fue rempujado: 3º ó si se entró por fuerza en su casa. Aqui azotar significa herir con dolor, y rempujar herir sin él, *L. 5. §. 1. ff. h. t.* 2º La pretoria se da solo por un año, *L. 5. C. h. t.*: la accion de la ley Cornelia es perpetua, y por tanto si se obra civilmente dura treinta años, y si criminalmente dura veinte. IV. La cuarta es la *retorsion*, por la cual no entendemos ninguna accion, sino la venganza privada, que consiste en que aquel que recibió la injuria la devuelva incontinenti al otro: por ejemplo; tú mientes, tú sí que eres un embustero, *L. 14. §. 6. ff. de bon libert.* Acerca de ella debe observarse: 1º que tan solo es permitida en las injurias verbales, no en las reales, por lo cual no quedaria impune el que habiendo sido azotado devolviese azotes: 2º que ella quita la accion de injurias; porque con qué vergüenza implorará el oficio del juez quien se haya hecho justicia á sí mismo? 3º que la retorsion mas bien es tolerable que no laudable, como contraria al ejemplo de Jesucristo, que no volvia maldiciones

á los que le maldecian, y enteramente opuesta á la mansedumbre cristiana. V. La última es la *accion para la palinodia* ó retractacion, desconocida de los romanos y usada en algunos parages; la cual se da al que sufrió la injuria contra el que se la hizo para que se desdiga ó retracte, y confiese públicamente haber mentido.

§. MCXI.

III. Pregúntase finalmente cuando cesa la accion de injurias? Hay cuatro casos en que cesa: el 1º es la retorsion, de la cual hemos dicho poco antes que quita la accion de injurias, por haberse hecho justicia por sí mismo el injuriado: 2º el segundo modo es la *remision*; porque, quién ha de ir á dar conocimiento á un juez de la injuria que ya ha perdonado? La remision se hace ó *espresamente* por palabras, ó *tácitamente* por el mismo hecho; v. gr. si alguno que ha recibido una injuria habla familiarmente, cena, bebe ó se divierte con el que se la ha hecho, §. *ult. Inst. h. t.* 3º el tercero es la *prescripcion*, de un año si se trata de la accion pretoria, de treinta tratándose de la accion de la ley Cornelia, y de veinte años por lo que hace á la accion criminal, §. 1107. Pasado este tiempo en vano se trataria de entablar accion, *L. 4. C. de injur.*: 4º el último es la muerte, ya del injuriante, ya del injuriado, §. 1. *Inst. de perpet. et temp. act.* Poco antes hemos visto que esta accion no se da á los herederos, ni contra los herederos, porque tiende á la venganza. Luego con

razon espira con la muerte de cualquiera de los dos. Esceptúase solo el caso de que el pleito se hubiese contestado antes de la muerte, *L.* 13. *pr. ff. h. t.*; porque por la litis-contestacion se hace una novacion, §. 1019., y lo que antes se debia por delito, despues se debe por cuasi contrato; y por tanto pueden obrar herederos contra herederos.

TITULO V.

De las obligaciones que nacen del cuasi delito.

§. MCXII.

Hemos tratado de los cuatro delitos privados; á saber, del hurto, rapiña, daño causado injustamente y de la injuria. Resta ahora hablar de los *cuasi delitos*; los cuales ya arriba hemos definido ser *unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa sin dolo malo.* Algunos dan otras definiciones, pero con poca exactitud. Porque los que dicen que el cuasi delito es una obligacion que no nace de contrato, ni de cuasi contrato, ni de delito, *pr. Inst. h. t.*, estos dicen lo que la cosa no es; pero no dicen lo que es: requisito esencial en una definicion. Estruvio tambien incurre en el error de decir que el cuasi contrato es una obligacion que nace de una culpa agena que se nos imputa. Pero esto tambien es manifiestamente falso. Porque el juez que falla sin prudencia, cuasi delinque, §. 1113.; y no obstante, tan lejos está de imputársele una culpa agena, que an-

tes bien él queda libre de pena, si la culpa fue de los asesores, *L. 2. ff. quod quisque juris in alium stat.* Pudiera objetarse el cuasi delito de lo que se derrama ó se arroja (*de effusis et dejectis*); en el cual el hecho de la esclava ó esclavo se imputa al inquilino. Pero se responde que propiamente no se imputa al inquilino el hecho del siervo ó de la sierva, sino que es culpa del mismo inquilino no recibir en su casa ó familia gentes mas cuidadosas, §. *ult. Inst. h. t.* De estos cuasi delitos referiremos seis: 1º el de un juez que hace suyo el pleito, §. 113.: 2º el de las cosas arrojadas y derramadas, §. 114. 116.: de lo suspendido y mal colocado, §. 1117. 1119.: 4º el de los patrones, hosteleros y posadores, §. 1120. 1122.: 5º la compasion intempestiva; y 6º la conniven-cia, §. 1123. De paso advertiremos que de todos los cuasi delitos nace una accion *in factum*, aunque lleve diversos nombres; v. gr. la accion *in factum* de lo derramado y arrojado; la accion *in factum* contra patrones, hosteleros y posaderos &c.

§. MCXIII.

I. El primer cuasi delito es el de un juez que hace suyo el pleito. Hacer suyo el pleito tanto quiere decir como juzgar indiscretamente. Aqui deben distinguirse tres casos, porque ó el juez falló mal con dolo malo, v. gr. por odio, afecto ó soborno, ó lo hizo por impericia é imprudencia; por ej. si habiéndose nombrado cónsul á un sastre, mide el derecho, que nunca ha saludado, del mis-

mo modo que mide el paño, ó bien el juez que no sabe derecho consultó á los asesores, y segun el parecer de estos pronunció la sentencia. En el primer caso es reo de verdadero delito, y por tanto no solo paga la estimacion del pleito, sino que tambien es infamado y removido de su empleo, *L. ult. C. de pœn. jud. qui mal. jud.* Y si ha dejado corromperse por dinero se puede obrar criminalmente contra él por la ley Julia de peculado, *L. 1. L. 6. §. ult. ff. ad L. Jul. repet.* En el tercer caso no puede entablarse accion contra el juez, sino contra los asesores que sugirieron tan mal consejo, *L. 2. ff. quod quisque jur.* Queda pues el *segundo caso*, en el cual el juez es reo por un cuasi delito, por haber hecho suyo el pleito desempeñando el oficio de juez sin saber las leyes ni consultar á otros que fuesen inteligentes. En esto consiste su culpa. La pena es una multa arbitraria, *pr. Inst. h. t.* La accion que resulta de este cuasi delito se llama en nuestro derecho *accion in factum*, y los glosadores y pragmáticos le dan el nombre de accion *de syndicatu*; la cual se concede á aquel contra quien se ha fallado injustamente, contra el juez que juzgando indiscretamente hizo suyo el pleito, para que se le imponga una pena arbitria. Puede objetarse que esta pena es inicua, y que el actor debe imputarse á sí propio el no haber interpuesto apelacion de una sentencia tan injusta y absurda. Pero ya hemos respondido en el escolio, Dicast. de Zieglero, que omitiéndose la apelacion adquiere derecho la parte contraria; mas no por eso puede disculparse el juez. Luego si este opusiera

esta escepcion, se deberia desechar, por ser relativa al derecho de un tercero.

§. MCXIV._MCXVI.

El segundo cuasi delito es el *de las cosas derramadas y arrojadas*, el cual consiste en haberse derramado ó arrojado de nuestra casa alguna cosa en un parage donde suele juntarse ó pararse la gente. Si de esta suerte se hace daño á alguno, está el inquilino obligado, aun cuando no haya sido él mismo el que derramó ó arrojó, no por culpa que se le impute, sino porque él propio no carece de ella por tener en su casa una familia tan descuidada. Por lo demas aqui hay que distinguir cuatro casos, acerca de cada uno de los cuales dió disposiciones en su edicto el pretor. 1º El primero es si por derramar ó arrojar algo se causó un daño estimable; v. gr. si se mató un siervo, ó si se manchó á alguno el vestido, y entonces se da la accion *in factum* á la persona interesada contra el inquilino, no contra sus herederos, por ser accion penal, para conseguir el duplo; y en este caso la accion es perpetua, *L.* 5. §. 5. *ff. de his qui effud.* 2º El segundo caso es si se mató á un hombre, y por tanto se causó un daño inestimable. Entonces la accion *in factum* es popular, no dura mas de un año, y no compete á los herederos ni contra los herederos, *L.* 5. §. 5. *ff.* §. 1. *Inst. eod.* Por consiguiente puede entablar esta accion cualquiera del pueblo contra el inquilino, no contra sus herederos, para la pena de cincuenta aureos, que se deben pagar al ac-

tor, *L.* 1. §. 5. *ff. eod.* 3º El tercer caso es si un hombre libre no fue muerto, sino herido, ó se le causó de otra manera daño en su cuerpo. Entonces, por cuanto el dolor y las heridas no admiten estimacion, tan solo se estiman las obras cesantes, los gastos hechos en la curacion, y los otros daños, segun hemos visto arriba, en la esplicacion de la ley Aquilia, §. 1092. Asi que, esta accion se da al herido contra el inquilino, no contra los herederos, para conseguir la estimacion de las obras cesantes, y la restitucion de los gastos de la curacion y de los demas perjuicios. Tambien en este caso la accion *in factum* es perpetua. *L.* 5. §. *ult. ff. eod.* 4º El último caso es si consta que era siervo el que derramó ó arrojó la cosa. Mas no estando obligado el dueño por el delito del siervo de otro modo que *noxalmente* (dando el siervo para que le castiguen), tambien en este caso se entabla la accion *in factum noxalis* (para la recuperacion del daño), que compete al perjudicado contra cualquiera poseedor de este siervo (pues las acciones *noxales* son *in rem scriptæ*, §. 1112.) para resarcir el daño, ó entregar el siervo para que le castiguen.

§. MCXVII. — MCXIX.

El tercer cuasi delito es cuando uno tiene alguna cosa puesta ó suspendida sobre un lugar en que se detienen ó pasan las gentes, cuya caida fácilmente puede causar daño. Pues aunque no haya resultado daño, no obstante, interesando á la sociedad que todos vayan sin peligro por los cami-

nos públicos, estableció el pretor la accion popular *in factum* para diez aureos. Por tanto aqui obra cualquiera del pueblo contra el que pone ó suspende la cosa, no contra el habitador. para aplicar al actor diez aureos, *L.* 5. §. 6. §. 12. *ff. eod.* Si el siervo, sin saberlo ni mandarlo el dueño, cuelga ó arroja alguna cosa, tiene lugar ademas á la accion *noxalis*; y por tanto obra entonces cada uno del pueblo contra cualquiera poseedor del siervo, para que pague los diez aureos, ó entregue el siervo para que le castiguen, *L.* 2. *pr. ff. de nox. act.* Y si habitando el hijo separadamente del padre, se hiciese reo de este delito ó del anterior? En este caso antiguamente se procedia tambien noxalmente contra el padre para que pagase diez aureos, ó entregase el hijo para ser castigado. Mas desde que Justiniano prohibió que se entregasen los hijos para castigarlos, §. *ult. Inst. de nox. act.*, estableció que se obrase contra el hijo, y si este fuese condenado, se daba contra el padre la accion de lo juzgado (*judicati*) hasta el peculio, *L.* 57. *ff. de judic.* Si se pone la objecion de que la accion de peculio no se da en los delitos, sino solo en los contratos de los hijos de familias, *L.* 58. *ff. de R. J.*, se responde que la accion de cosa juzgada no nace de delito, sino del cuasi contrato de la contestacion del pleito. Luego con razon se da contra el padre hasta el valor del peculio, *L.* 1. *L.* 3. §. 11. *ff. de pecul.*

§. MCXX. _ MCXXII.

IV. En el cuarto cuasi delito *de los patrones de barcos*, *venteros*, *mesoneros*, se han de distinguir especialmente tres casos, para no confundir cosas muy diversas. A saber; 1) ó los mismos patrones, venteros, mesoneros cometieron hurto ú otro daño en las cosas de los caminantes ó que van de trasporte, y entonces son reconvenidos por *verdadero delito*; por ejemplo, por accion de hurto, de rapiña, por la ley Aquilia. *V.* 1. *T. ff. furt. advers. naut. caup. stab.* 2) O el daño no se ha hecho por los patrones, venteros, mesoneros, sino por los estraños, como pasageros ó caminantes que estaban en el mismo buque: y entonces se obra contra los patrones &c., por cuasi contrato. Pues cuando recibieron las cosas agenas en la nave ó meson, se presume tambien que prometieron la custodia, y por tanto en este caso aquel que ha sufrido el daño, obra contra ellos para que restituyan lo recibido, y resarzan todo daño, *L.* 1. *L.* 3. *L.* 5. *ff. naut. caup. stab. ut rest.* 3) O últimamente, el daño se ha causado en las cosas del pasagero ó caminante por la familia del patron, ventero ó mesonero, y entonces se obra por cuasi delito. Pues la culpa de los patrones y socios consiste en usar del trabajo de malos hombres, *L.* 5. §. *ult. ff. de obl. et act.* Este caso pues solamente pertenece á este título. Se concede en virtud de este contrato la accion *in factum* á aquel que sufrió el daño, contra el patron de barco, ventero, mesonero que habia recibido las cosas, no contra sus he-

rederos, porque es penal, §. 1038. 2., para que restituya el duplo, §. *ult. Inst. h. t.* De donde fácilmente se infiere en que se diferencia esta accion de la otra que nace del cuasi contrato. Pues 1) la accion del cuasi delito es penal; la del cuasi contrato es persecutoria de la cosa. 2) Aquella no se da contra los herederos; esta se da contra ellos. 3) Por aquella se consigue el duplo; por esta solamente el tanto (*simplum*). Sin embargo una y otra es perpetua. *L.* 7. §. *ult. ff. naut. caup. stab.*; lo cual es aqui singular, siendo como son por otra parte de solo un año las acciones penales pretorias, §. 1271. Sin embargo es mas prudente obrar en virtud de cuasi contrato que por cuasi delito; parte porque las acciones en el duplo apenas estan hoy dia admitidas, y parte porque es mas difícil la prueba en este caso que no obrando por cuasi contrato. Pues en este pruebo solamente que han sido admitidas mis cosas en la nave ó meson; y en el cuasi delito tengo que probar que alguno de la familia causó daño.

§. MCXXIII.

Añadimos en este párrafo dos cuasi delitos de que no se hace mencion en las Instituciones: á saber; (V.) la *misericordia intempestiva*, y (VI.) la *connivencia*. La misericordia es en sí un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal degeneran en vicios, asi tambien esta si es intempestiva se tiene por delito. Los casos pueden ser varios; por ejemplo, si uno desatase á un siervo ageno que estaba atado, y luego se

escapase este; si el èncargado soltase al que está en la carcel; si el juez permitiese que se escapase el reo que habia de condenar. Véase la *l. 7. pr. ff. de pos.* Pues á la verdad, en estos casos no hay lugar á la misericordia, sino á la severidad y administracion de justicia. *Connivencia* es cuando uno permite que otro cometa un delito que podia y debia evitar. Y á la verdad, si uno que está encargado de la educacion de otro, permite que este trabe un desafio, no hay duda que esta connivencia es digna del mayor castigo. En ambos casos pues se dará la accion *in factum*. Mas solo he referido esto por ejemplo, porque no se crea que no hay mas cuasi delitos que los que numera el emperador, *Inst. h. t.*

§. DCXXIV....

TITULO VI.

De las acciones.

§. MCXXV.

Hemos concluido la esplicacion de las dos primeras partes de las Instituciones. Pues dividiéndose estas segun los tres objetos del derecho, *personas, cosas y acciones*, §. 84., tratamos de los derechos de las personas en el libro I.: del derecho de todas las cosas prolijamente en el libro II. III y IV. hasta el título VI. Resta por tanto el tercer objeto del derecho, á saber, las *acciones*, de las que se trata desde este título hasta el XVII. Porque el título último ó XVIII. es como el apéndice

de todo el libro de las Instituciones, y tratándose en él de los juicios públicos, mas pertenece al derecho público que al privado.

§. MCXXVI.

Tratamos la doctrina de las acciones con tal orden, que antepuesta la definicion se esplican en este y los títulos siguientes algunas divisiones y clases de acciones. Veremos en primer lugar la definicion. La accion puede considerarse de dos modos, ó como *cosa incorporal*, que está en nuestros bienes, y entonces pertenece al segundo objeto del derecho, esto es, al título *de las cosas incorporales*; ó se toma por el *medio legítimo* de conseguir su derecho en juicio, y entonces pertenece al tercer objeto del derecho, á este título de *acciones*. Ahora deberia Justiniano definir la accion en la significacion posterior, si quisiese observar exactamente las reglas del método. Mas él la definió en la primera significacion, diciendo que es *un derecho de perseguir en juicio lo que á uno se le debe*, *pr. Inst. h. t.*; cuya definicion se resiente de dos defectos. Pues 1) la accion en este título no es derecho, sino un medio de obtenerle. 2) No solo pedimos por la accion lo que se nos debe, sino tambien lo que es nuestro. Luego debiendo Justiniano definir la accion en general, definió una especie de accion, á saber, la accion personal. Asi que, para corregir estos errores, se entenderá la definicion de esta manera: *accion es un medio legítimo de conseguir en juicio los derechos*, *ya* in re, *ya* ad rem *que competen á cada uno.*

§. MCXXVII.

Supuesto esto, fácilmente dividiremos el título. Se esplican en él las divisiones de las acciones. 1) Unas son reales, otras personales, §. 1127. 1171. 2) Unas son persecutorias de la cosa, otras penales, otras mistas, §. 1171. 1174. 3) Unas se dan en el tanto (*in simplum*), otras en el duplo, otras en el triplo, otras en el cuadruplo, §. 1175. 1180. 4) Unas son de buena fe, otras de derecho estricto, otras arbitrarias, §. 1181. 1186. 5) Por unas conseguimos el todo, por otras menos que el todo, §. 1197. 1203.

I. La primera division es, que unas acciones son *reales*, otras *personales*. Aquellas se llaman *vindicaciones*, estas *condiciones*. Aquellas nacen del *derecho in re*, estas del *derecho ad rem*. Sin embargo, no negamos por eso que se den *acciones mistas*, que son al mismo tiempo reales y personales. Pues aunque estas acciones se acerquen mas á las reales, ó á las personales, no obstante, no impide esto que puedan llamarse mistas, como tampoco se llamaria puro el vino mezclado con agua, aunque de esta tenga muy pequeña parte. Y tales acciones mistas son cuatro: peticion de la herencia, y los tres juicios divisorios, de fijar los límites, dividir lo comun, y partir la herencia (*finium regundorum*, *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ*). Cuyas cuatro acciones en parte nacen de derecho *in re*, á saber, la herencia ó dominio; y en parte del derecho *ad rem*, cuasi contrato ó delito; y por tanto se conceden, ya para la restitucion de la cosa, é ya para las prestaciones per-

sonales. Esta es pues la primera division de las acciones. Ambas, tanto las reales como las personales, se subdividen en *civiles y pretorias*. Aquellas provienen de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes, estas del derecho honorario. La diferencia es grande por razon de la prescripcion. Pues las civiles penales son perpetuas, y las pretorias suelen ser de un año, porque no dura mas el imperio del pretor. Ahora consideraremos: 1) la naturaleza de las acciones *in rem*, §. 1128. 1129. 2) Las acciones que nacen del dominio, §. 1130. 1132. 3) Las acciones del derecho hereditario, §. 1133 y sig. 4) Las acciones de las servidumbres, §. 1135. 1137. 5) Las acciones del derecho de prenda, §. 1138. 1140. 6) Algunas acciones *in re* mistas, §. 1141. 1144.

§. MCXXVIII. MCXXIX.

I.) En pocas palabras, la naturaleza de las acciones reales consiste (a) en que todas nacen de derecho *in re*, en el que no está obligada la persona, sino la misma cosa, como sucede en el dominio, derecho hereditario, servidumbre y prenda, §. 334. (b) En que todas estas acciones se dan contra cualquiera poseedor, ya se le conozca ó no; bien hubiese negociado conmigo, ó no hubiese negociado, *l.* 25. *pr. ff. de O. et A.* Ciertamente, es distinto en las acciones personales, que sa dan contra aquellos que negociaron con nosotros, y no contra un tercero, á no ser que sean acciones *in rem scriptæ*, de las que se tratará mas abajo. (c) En que el poseedor nunca se dirije con-

tra la cosa (*numquam in rem agit*). Porque quién seria tan necio que quisiese recibir del juez lo que ya tenia en su casa? Y no obstante, nuestro emperador añade, §. 2. *Inst. h. t.*, que solamente en un caso puede reclamar la cosa el que la posee (*agere in rem*); de cuyo caso dice haber tratado en los libros mas estensos del Digesto; por lo que investigan con mucha diligencia los hombres doctos, cual será el tal caso único. Hay quienes opinan ser el interdicto *uti possidetis*, ó *utrubi*, del cual usa el que posee. Pero antes deben probar que en estos interdictos se dirijen contra la cosa. Pues en general se afirma en la *l. 1. ff. de interd.*, que los interdictos se dirijen contra las personas. Aquel único caso de que habla Justiniano es sin duda la *accion negatoria*. Pues de ella usa, 1) el que está en la posesion ó cuasi posesion de la libertad. 2) De la misma accion se trata alli siempre de propósito. 3) Lo confirma Teófilo, §. 2. *Inst.*, á cuyo testimonio siempre doy el mayor crédito. Véase nuestro *Præf. ad Vinnium.* 4) Que el dueño no usa de *condicion*, esto es, de accion personal (*non condicat*) para reclamar su cosa, sino que la *vindica*, esto es, la persigue por accion real, §. 14. *Inst. h. t.* En el §. 1062. advertimos que se observa lo contrario en el solo caso de la condicion furtiva.

§. MCXXX. — MCXXXII.

II.) Con estos preliminares generales acerca de la naturaleza de las acciones reales veremos la primera clase de ellas, que nacen del *dominio*. De

estas hay tres: una civil, *vindicacion de la cosa*: dos pretorias, *publiciana* y *rescisoria*. a) *Vindicacion de la cosa* es una accion real civil por la que obra el dueño contra cualquiera poseedor para que restituya la cosa con todas sus partes, accesiones y frutos, segun la clase de posesion. Pues si el reo posee de buena fe, restituyen solamente los frutos existentes; y si de mala fe, está obligado á entregar los frutos existentes, y los percibidos, y que debió percibir. Por lo demas, si obra en virtud de pleno dominio, se llama la accion *directa*; y si de dominio menos pleno, como en la enfitéusis, feudo, superficie, la accion se llama *útil*. Aunque esta accion pues es muy natural, con razon se dirá sin embargo que es dificilísima. Porque el actor debe probar el dominio, cuya prueba no es tan fácil como parece; debiendo demostrar no solo que la adquirió con buena fe y justo título, sino tambien que su causante era verdadero dueño, á no ser que hubiese usucapido. Pues de otro modo no podria trasferir en nosotros el dominio que no tuvo. Siendo esto asi, introdujo el pretor otra accion mas fácil; á saber, b) la *publiciana*, llamada de este modo de cierto pretor Publicio. El fundamento de esta accion es el dominio fingido. Pues si uno recibe una cosa con buena fe y justo título de quien no es dueño, finge el pretor no obstante que es verdadero dueño aunque no lo sea, asi como se dice en el §. 4. *Inst. h. t.* que ha usucapido no siendo cierto. Mas con qué derecho puede fingir esto el pretor? Porque aqui no se trata como verdadero dueño, respecto del que seria injustísima esta fic-

cion, sino con aquel que posee sin derecho ó con derecho mas débil, ó deja de poseer por dolo malo, para que restituya la cosa con todas sus partes, accesiones y frutos, segun la clase de posesion. Es pues mucho mas fácil esta accion, porque aqui no pruebo el dominio de mi causante, sino solo que he recibido la cosa con buena fe y justo título. c) La accion *rescisoria* fue inventada por el mismo pretor Publicio. Pues claramente se llama tambien publiciana en la *l.* 35. *ff. de O. et et A. et l.* 57. *mandati*, y estriba casi en el mismo fundamento que la anterior. Pues asi como en aquella se fingia que habia usucapido el que no usucapió, asi en esta se finge que no usucapió el que habia usucapido. *L.* 5. *Inst. h. t.* Por lo demas tiene lugar esta accion siempre que el ausente por causa de la república ó por miedo usucapió mi cosa. En uno y otro caso restituye el pretor *in integrum* al perjudicado, y con este nombre salió la accion rescisoria, que se concede al ausente por causa de la república ó por justo miedo, contra el presente que usucapió, para rescindir la usucapion, y que restituya la cosa con todas sus partes. Siendo pues esta accion restitucion *in integrum*, de la que se trata en el tit. *quibus ex causs. mai.* 25. *in integr. rest.*, duraba antiguamente solo un año. Pero Justiniano lo estendió á cuatro años continuos. *L. ult. C. de temp. in integr. rest.*

§. MCXXXIII. MCXXXIV.

III.) Sigue otra clase de acciones reales que

nacen del derecho *hereditario* Son dos; á saber, la *peticion de herencia* y la *queja inoficiosa.* La *peticion de herencia*, como advertimos al §. 1126., es *mista.* Pues en primer lugar nace del derecho *in re*, á saber, hereditario; y ademas de cuasi contrato por la administracion de la herencia comun. Por lo que se pide la herencia y las prestaciones personales. Y se da esta accion al heredero, ya por testamento, ya abintestato, contra aquel que posee como heredero (esto es, que juzga que él es heredero), ó como poseedor (esto es, que posee sin justa causa, y preguntado, responde: poseo porque poseo), para que restituya la herencia con los frutos y accesiones, dé cuentas, y resarza los daños. Por lo demas acerca de esta accion se ha de observar todavía: 1) que es universal, pues se pide una totalidad, á saber, la herencia. 2) No puede entablarse contra aquel que posee por título singular, tal como el comprador de la cosa hereditaria, el donatario &c. 3) Que esta accion dura treinta años contra la naturaleza de las acciones reales, porque es mista, y en esto imita la naturaleza de las acciones personales. La *queja* del *testamento inoficioso* no es otra cosa que una especie de peticion de la herencia. Pero habiendo tratado de ella de propósito arriba en el lib. II. tit. 18., no hay para que detenernos ahora en esplicarla mas.

§. MCXXXV. — MCXXXVII.

IV. La tercera clase de acciones reales es la de aquellas que se conceden *acerca de las ser-*

vidumbres. Digo *acerca de* las servidumbres, porque asi se espresa tambien Ulpiano, *L.* 2. *pr. ff. si serv. vind.* Pues contándose aqui dos acciones, la confesoria y la negatoria, aquella ciertamente nace *de la servidumbre*, mas esta viene de la libertad natural; y por tanto mas bien puede decirse que se concede *acerca de la servidumbre* y por su ocasion, que no que nace de la servidumbre. La accion *confesoria* es una especie de vindicacion; y de aqui es que en las pandectas está concebida la rúbrica en estos términos: *si servitus vindicetur* (si es vindicada la servidumbre). Su fundamento es el derecho que decimos nos compete en cosa agena. Si pues otro nos le niega é interrumpe este derecho, obramos contra el que le turba 1) para que deje de turbarnos, 2) resarza el daño causado, 3) preste caucion de no turbarnos mas en adelante, y principalmenre 4) se declare por el juez que nos compete este derecho. Al contrario, el fundamento de la accion *negatoria* es la libertad natural. De aqui es que usa de ella el que dice que su fundo es libre por naturaleza, y exento de toda servidumbre, contra el que vindica para sí algun derecho en él, 1) para que se declare libre nuestro fundo, 2) desista el reo de turbarnos, 3) se le mande prestar caucion sobre ello, y 4) nos resarza todos los daños causados. Por los demas estas acciones son utilísimas y diarias en el foro. Mas la negatoria tiene de singular, 1) que aqui reclama la cosa (*in rem agit*), el que la posee; lo que ya observamos arriva §. 1129. 3., por el §. 2. *Inst. h. t.*, que sucedia únicamente en este caso; 2) que debiendo en

los demas casos probar su accion el actor, este está exento de prueba, y que esta carga incumbe al reo, porque se presume la libertad natural, en la que pone el fundamento este actor, y la presuncion traslada al contrario la carga de probar. *L. 3. L. 9. L. 12. ff. L. 10. C. de probat. et præsunt.* Sin embargo, se esceptua el caso de que el reo estuviese en la cuasi posesion de su derecho. Pues entonces no le toca la prueba, sino al actor, por la regla que veremos abajo, §. 1232. 1. No obstante en muchos paises se observa en el foro la práctica contraria.

§. MCXXXVIII — MCXL.

V. La cuarta clase de acciones reales es la de aquellos que nacen *del derecho de prenda*, en cuanto la prenda no es contrato (pues de él solamente proviene accion personal), sino derecho *in re.* De este derecho de prenda nacen dos acciones, reales y pretorias, de las que se llama la una *serviana*, del nombre de su autor, y la otra *cuasi serviana* ó hipotecaria. Aquella es especial, esta general. Dije que la *serviana* es especial. Pues se concede en el único caso de que dando uno en arriendo un prédio rústico, cuidó de que se constituyese prenda á su favor. Porque entonces el locador entabla esta accion contra cualquiera poseedor de las cosas dadas en prenda, para conseguirlas y poseerlas, hasta que se les satisfaga la pension. Mas siendo general la *cuasi serviana* ó *hipotecaria*, se da contra toda prenda ó hipoteca constituida al acreedor; y por tanto usa de ella

todo acreedor hipotecario contra cualquiera poseedor de la prenda, hasta quedar satisfecho de su deuda. Pero habiendo hablado algo arriba de las acciones, §. 818., no nos detenemos mas en estas.

§. MCXLI — MCXLIV.

VI. Esplicadas todas las acciones que dimanan de las cuatro especies de derecho *in re*, añadimos ciertas acciones mistas, que se numeran verdadera ó falsamente entre las reales. Tales son 1) la *accion pauliana*, que nuestro Justiniano agrega claramente á las reales, §. 6. *Inst. h. t.*, sin embargo que alli se pide la restitucion y juntamente los frutos, lo que por otra parte es cualidad de las acciones personales. En algun modo puede defender á Justiniano el que esta accion nace de la posesion pretoria de los bienes, y por tanto de derecho *in re*; como ya notó Pagenstecheo *Aphorism. h. t.* Es cierto, sin embargo, que mas pertenece la accion pauliana á las personales que á las reales. Por lo demas se concede esta á los acreedores en cuyo fraude enagenó sus cosas el deudor, contra los que tienen estos bienes enagenados, para que los restituya con sus frutos. Ademas 2) cuentan los doctores los *interdictos* entre las acciones reales. Pues teniendo la posesion por la quinta especie de derecho *in re*, tambien consideran acciones reales los interdictos que nacen de la posesion. Pero esto es manifiestamente falso. Pues (a) arriba demostramos evidentemente, §. 334., que es falso llamar á la posesion derecho *in re*, aunque el derecho de poseer, como

contenido en el dominio, sea real. (b) Nada es mas claro que las palabras de Ulpiano, *L.* 1. §. 3. *ff. de interd.*, que todos los interdictos NB., aunque parezcan dirigirse á la cosa, sin embargo, en sus mismas propiedades son *personales.* 3) Mas bien se numeran entre las acciones reales las *acciones prejudiciales* (anticipadas en el juicio), en las que se litiga sobre el estado, §. 13 *Inst. h. t.* Cuantos son pues los estados de los hombres, tantas son las acciones *prejudiciales.* Y el estado es, ó de *libertad*, ó de *ciudad*, ó de *familia*, §. 76. En cuanto al estado de libertad, se pregunta si uno es libre ó siervo. En cuanto al estado de ciudad, si uno es ciudadano ó estrangero, de cuya cuestion trata Ciceron, *Orat. pro Archia. poeta.* En cuanto al estado de familia, se pregunta si alguno es padre ó hijo, ó no. Todas estas controversias se llaman acciones *prejudiciales*, porque las mas de las veces se anticipan á otro juicio. Por ejemplo; un joven pide la hacienda de Pedro como su hijo. Los poseedores niegan que aquel es hijo legítimo. Por tanto antes de sentenciarse se ha de averiguar si es hijo legítimo. Luego esta será una accion *prejudicial.* En nuestras leyes se mencionan especialmente dos acciones *prejudiciales.* 1. *Causa sobre la libertad* (*liberalis caussa*). Por ella obra el dueño contra el siervo que se tiene por libre, para volver á este á servidumbre; ó aquel que siendo libre vive en injusta servidumbre, contra el que se tiene por dueño, para que sea aquel declarado libre. Antiguamente no podia en uno ni en otro caso presentarse en juicio aquel de cuya libertad se disputaba, porque todavía era incierto si era

siervo ó libre; y el siervo no es persona para asistir al juicio. Por tanto aquel que como procurador intervenia en favor de la libertad, se llamaba *defensor* (*adsertor*). Pero Justiniano quitó estos rodeos, *L. un. c. de adsert. toll.* 2. *La accion de reconocer y alimentar la criatura* se concedia á la muger ó al mismo hijo contra el padre repudiante, para que reconozca al hijo y le sustente. Pues sucedia frecuentemente que los maridos repudiaban á sus mugeres embarazadas, y en seguida negaban que los hijos nacidos despues del divorcio fuesen suyos. Y de aqui es que en este caso se reconocia el vientre, y si la muger estaba embarazada se la ponia en custodia, para que no se supusiese parto adulterino; y si nacia algun hijo entonces, tenia el marido repudiante que reconocerle y sustentarle. Es larga esta historia, y se refiere muy bien en el *Tit. ff. de agnoscendo partu, ventre inspiciendo*, y sig.

§. MCXLV _ MCXLVII.

Concluimos el tratado de las acciones reales. Siguen las *personales*, que nacen del derecho *ad rem* ó de la obligacion. Toda obligacion nace, ó inmediatamente de la equidad, ó de la ley, ó mediatamente de algun hecho obligatorio, lícito ó ilícito, §. 771 y sig. Por lo cual trataremos esta materia por este orden: consideraremos 1) la naturaleza de las acciones personales. §. 1145. 1147.: 2) las acciones personales que nacen inmediatamente de la equidad natural. §. 1148. 1154.: 3) la accion que nace de la ley, §. 1155.. 4) las ac-

ciones que provienen de un hecho obligatorio lícito, §. 1160. 1165.: 5) las acciones que dimanan de un hecho obligatorio ilícito, §. 1166. 1171.: en cuanto (I) á la *naturaleza* de estas acciones personales, advertimos, 1º que todas se llaman *condiciones*, asi como las reales *vindicaciones*, §. 15. *Inst. h. t.*: 2º que todas nacen de la obligacion ó derecho *ad rem*: 3º que nunca se dan contra un tercer poseedor, en lo que principalmente se diferencian de las acciones reales, sino contra los que negociaron con nosotros, *l.* 25. *pr. ff. de O. et. A.* Sin embargo, se esceptuan algunas acciones *in rem scriptæ*, que aunque sean personales, se dan no obstante contra cualquiera poseedor, y por tanto imitan las acciones reales. Su catálogo debe fijarse en la memoria, especialmente no siendo, como no es, prolijo. Tales pues son (a) *quod metus caussa* (por causa de miedo): (b) la accion *pauliana* de que se ha hablado poco antes: (c) *ad exhibendum* (para exhibir); y (d) *aquæ plubiæ arcendæ* (para la accion de detener el agua y la lluvia). 4) Las acciones personales son tambien ó civiles ó pretorias, § 23. *Inst. h. t.* Esto en cuanto á la naturaleza de estas acciones en general.

§. MCXLVIII. _ MCLIV.

II. Llegamos ya á las especies de acciones personales, y desde luego á su primera clase, en la que contamos todas las que nacen inmediatamente de sola la *equidad natural*. Tales son: 1) *la accion ad exhibendum*. Exhibir es presentar públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta accion

cuando queremos vindicar una cosa mueble y no sabemos si es verdaderamente nuestra ó no. Por ejemplo: se me ha robado un libro; oigo que Pedro ha comprado uno, que segun se me describe juzgo ser el mio; pero como no obstante no lo sé de cierto, y Pedro no quiere enseñármele, puedo entablar la accion *ad exhibendum.*

Obra pues *ad exhibendum* aquel á quien por derecho le interesa la cosa, contra cualquier poseedor de la cosa que juzgo mia (pues poco antes vimos que es accion *in rem scripta*), para que exhiba la cosa, ó de no exhibirla satisfaga el daño. *L.* 3. §. 4. *l.* 9. §. *pen. l.* 10. *seq. ad exhib.* De modo que por sola la equidad está obligado otro á exhibirme la cosa; es á saber, por aquella regla, *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus*). estamos obligados á hacer lo que no nos perjudica y aprovecha á otro. 2) La accion *de edendo* tiene lugar en las negociaciones con los banqueros que ejercen con autoridad pública el oficio de cambiar letras. Aquel pues que ha negociado con ellos, tiene contra los mismos ó sus herederos la accion de que le den cuentas ó paguen lo que interese. *L.* 4. *pro l.* 6. *ff. de edend.* 3) Los *interdictos.* Porque qué cosa mas justa que amparar á uno en la posesion mientras no haga ver otro su derecho por los medios legales? Pero como abajo hablaremos de los *interdictos* en un título particular, á saber, el tit. XV., no añadiremos aqui mas. 4) *Las restituciones in integrum.* Pues movido el pretor por la equidad, rescindia aquellos negocios que subsistian por derecho estricto y riguroso, hallando justa causa;

y por esta razon concedia la restitucion *in integrum*. Semejantes justas causas eran seis: 1) la fuerza y miedo; 2) el dolo; 3) la menor edad; 4) la ausencia por causa de la república; 5) la capitis diminucion, y 6) la enagenacion, á fin de mudar el juicio. Empero no teniendo hoy dia especial uso las dos últimas, solo trataremos de las cuatro primeras. a) La primera es la accion *quod metus caussa*. Si uno me quita algo por fuerza ó miedo, se ha de examinar si el negocio es de buena fe ó de derecho estricto. Si el negocio es de buena fe, entonces es nulo *ipso jure*; porque nada es mas contrario á la buena fe que la fuerza y miedo. *L.* 116. *ff. D. R. J.* Luego en este caso no es necesario la restitucion *in integrum*, porque á qué rescindir lo que ya es nulo? Empero cuando el negocio es de derecho estricto, vale conforme á él, porque la voluntad forzada tambien es voluntad. *L.* 21. §. 5. *ff. Quod. met. caus.* Mas el pretor rescinde semejante negocio por la accion *quod metus caussa*, que compete á aquel á quien se le ha sacado alguna cosa por fuerza ó miedo, contra cualquiera poseedor de ella (pues tambien esta accion es *in rem scripta*), para que la restituya, ó de lo contrario pague el cuadruplo. *L* 9. §. 8. *l.* 12. *l.* 14. §. 7. *ff. eod.* Por lo demas esta accion se da en el cuadruplo solo dentro de un año (hoy dentro de cuatro años), y despues del año solamente en el tanto (*in simplum*). *ley* 14. §. 1. *y sig.* §. 11. *ff. eod.* Noodt fue el primero que espuso brillantemente la doctrina de la diferencia de esta accion en los negocios de buena fe y de estricto derecho, *de form. emend. doli mali*, c. 16.

p. 382. b) La *accion de dolo malo* es necesaria cuando uno ha sido perjudicado por dolo de otro. Pero tambien aqui ha de distinguirse: ó el negocio es de buena fe, ó de derecho estricto. Si es de buena fe, ó da entonces el dolo causa al contrato, ó es incidente. Si da causa, es nulo el contrato, y por tanto no hace falta la restitucion. Si es incidente se enmienda el dolo por la accion de aquel contrato. *L. 7. pr. ff. de dolo malo.* Mas si el negocio es de derecho estricto, entonces concede el pretor la accion de dolo, que compete al perjudicado, con tal que la lesion esceda de dos aureos, *l. 7. §. ult. ff. eod.*, contra el que causó el daño con dolo malo (no contra su heredero), para que restituya con todas sus partes la cosa perdida por dolo, ó en su defecto satisfaga cuanto juró el actor en el pleito que valia. *L. 18. pr. ff. eod.* Y esta accion dura dos años, *l. ult. C. eod.* c) La tercera accion por la que socorre el pretor á los *menores* perjudicados, no tiene nombre particular, porque el pretor no nombra juez pedáneo en esta causa, sino que conoce de ella estraordinariamente, *l. 24. §. ult. de minor.*; pero se concede esta accion á los que han sido perjudicados en su menor edad, contra los que causaron el perjuicio, para que se rescinda el negocio y los menores reciban íntegro su derecho. *L. 12. l. 13. §. ult. l. 24. §. 8. l. 28. ff. De minor.* Dura esta accion cuatro años contados desde el tiempo en que hayan llegado á la mayor edad. *L. ult. C. De temp. in integr. restit.* d) La *accion rescisoria*, por la que los ausentes por causa de la república, ó los que tienen justo miedo, son restituidos contra los

presentes, ó los presentes contra cualesquiera ausentes, pertenece en verdad á las restituciones *in integrum*; pero no es accion personal, sino real, de la que se ha tratado ya en su lugar. §. 1132. 5) La *condicion sin causa* se da al dueño de una cosa contra el que la posee sin justa causa, para que la restituya. *Tit. ff. De condit. sine caus.* Tambien esta nace de sola la equidad, que no permite que otro posea mi cosa con daño mio. 6) La *accion pauliana*, por la que revocan los acreedores lo que se ha enagenado en su fraude. Pero de esta accion tratamos prolijamente en el §. 1141. Semejantes á ella 7) son la *accion faviana* y la *calvisiana*, asi llamadas de los pretores que las introdujeron, las que se conceden al patrono, en cuyo fraude hizo enagenaciones el liberto para que el patrono no hallase tan pingüe la herencia, §. 112. 4. 5., contra cualquiera poseedor de las cosas enagenadas, para que las restituya, *l.* 1. §. 11. 12. 26. *ff. si quid in fraud. patr.*; y la diferencia entre estas acciones es que la faviana tiene lugar cuando el patrono murió con testamento, y la calvisiana si el heredero lo es abintestato. *L.* 1. §. 5. 6. *l.* 3. §. 3. *ff. eod.*

§. MCLV.

III. En la otra clase de acciones personales que inmediamente nacen *de la ley*, tan solo ocurre una accion; á saber, la *condicion por la ley* (*condictio ex lege*), que tiene lugar siempre que 1) una ley nueva introduce nueva obligacion, y sin embargo 2) no designa cierta y especial accion

por la que se ha de reclamar aquel derecho, *l. un. ff. de cond. ex leg.* Asi p. ej. la donacion es un pacto: los pactos no producian obligacion. Mas en la *l. 35. §. ult. C. de donat.*, se estableció que el donante que prometiese dar algo quede absolutamente obligado á la entrega. Empero no espresándose en dicha *l.* 35. accion cierta, deberá el donatario entablar la accion ó condicion de la *l. 35. §. ult. C. de donat.*

§. MCLVI. _ MCLIX.

III. La tercera clase comprende las acciones personales que provienen de un *hecho lícito.* El hecho obligatorio lícito se llama convencion; la convencion es, ó pacto ó contrato; el contrato ó verdadero ó cuasi contrato; el verdadero, ó nominado ó innominado; el nominado, ó real, ó verbal, ó literal, ó consensual. Examinaremos pues 1) las acciones de los pactos, §. 1156. 1159.: 2) de los contratos verdaderos nominados, §. 1160.— 1163.: 3) de los innominados, §. 1164.: 4) de los cuasi contratos, §. 1165.

I. Los pactos son nudos, ó no nudos. Aquellos no producian entre los romanos ninguna obligacion, sino solamente escepcion: en el dia obligan todos los pactos celebrados válidamente con ánimo deliberado. Por tanto tambien producen accion, que unos llaman de lo estipulado, y otros juzgan debe llamarse condicion por la costumbre. Pero poco nos inquietará saber su nombre. *Pactos no nudos* son los que producen accion. Y por asistirles la ley, el pretor, ó el contrato á

que estan unidos, aquellos se llaman pactos legítimos, los otros pretorios, y estos *pacta adjecta* (pactos añadidos á los contratos). a) De todos los pactos *legítimos* nace la *condicion por la ley* (*conditio ex lege*); mas de ella hablamos en el §. 1155.: b) Los pactos *pretorios* son tres: la hipoteca, la promesa de dinero (*constituta pecunia*), y cuando se defiere al juramento estrajudicial. De la *hipoteca*, ó derecho constituido en la prenda, nace la *accion cuasi serviana* ó *hipotecaria*; pero esta no pertenece aqui, porque es real. Hablamos de ella en el §. 1140. El *dinero prometido* es un pacto reiterado, por el que promete uno pagar por sí ó por otro. Porque pareciendo feo al pretor que repetidamente se falte á la fe, por semejante pacto repetido concedia la *accion de constituta pecunia*, á quien se constituyó ó prometió el dinero, contra el constituyente ó su heredero para que cumpla lo prometido, §. 9. *Inst. h. t.* Ultimamente, *cuando se defiere al juramento estrajudicial nace la accion in factum de jure jurando* (*de juramento*), que se concede al que jura, defiriendo otro á su juramento, que se le debe algo contra el que defirió á este juramento para que pague lo que el actor juró que se le debia. §. 11. *Inst. h. t.* Y estas son las acciones de los pactos pretorios. c) Los *pactos añadidos* á los contratos de buena fe. Estando estos agregados á los contratos, y considerándose como parte de ellos, producen la misma accion que los contratos á que estan añadidos. De aqui es, por ejemplo, que si el pacto está unido á la *compra*, nacerá la accion de lo *comprado* (*emti*), si á la prenda, la accion *pignoraticia* &c. *L.* 7. §. 5. *ff. de pact.*

§. MCLX. _ MCLXIII.

2) Esto en cuanto á las acciones que provienen de los pactos. Siguen las que nacen *de los verdaderos contratos*. Pero aqui se nos permitirá ser mas breves, porque de todos se ha tratado ya arriba en sus títulos. Aqui solo formamos su catálogo. Los contratos verdaderos son ó nominados, ó innominados, §. 779. Los *nominados* ó reales, ó verbales, ó literales, ó consensuales, §. 796. a) Los *reales* son cuatro; mútuo, comodato, depósito y prenda. Del *mútuo* nace la accion ó condicion *certi ex mutuo*, de la que hablamos en el §. 796. Del *comodato* se da la accion de *comodato*, *directa y contraria*. De una y otra hablamos en el §. 803 y sig. Del *depósito* se da la accion de *depósito*, *directa y contraria*, las que describimos, §. 814. 817. De la *prenda* nace la accion *pignoraticia*, *directa y contraria*, cuya naturaleza espusimos en el §. 824 y sig. b) El contrato *verbal* hoy dia es único; la *estipulacion* y la accion que de ella nace se llama *condictio certi*, ó *incerti ex stipulatu*. De ella se ha hablado lo bastante en el §. 834 y sig. c) El *literal* es tambien único; á saber, cuando ha confesado uno en su recibo que debe algo. Entonces si el chirógrafo es mas antiguo que dos años, compete contra el que le escribió la condicion *ex chirographo*, que esplicamos en el §. 894. 1. d) Los contratos *consensuales* son cinco; compra y venta, locacion y conduccion, enfitéusis, sociedad, mandato. En la *compra y venta* tiene el comprador la accion *emti* (de lo comprado), y el vendedor la accion *venditi* (de lo vendido), las

que ambas son *directas*. Las describimos en el §. 912 y sig. En la *locacion y conduccion* se da al locador la accion *locati* (de lo dado en arriendo), y al conductor la accion *conducti* (de lo tomado en arriendo), que tambien son *directas*. Y hablamos de ellas de propósito en el §. 927 y sig. De la *enfitéusis* nace la accion *enfiteuticaria*, por ambas partes *directa*, de que se ha tratado en el § 939. En la *sociedad* compete á los sócios entre sí la accion *pro socio*, por ambas partes directa, cuya naturaleza hemos esplicado en el §. 951 y sig. En el *mandato* se obra por la accion de *mandato*, y se concede al mandante la accion *directa*, y al mandatario la *contraria*. Acerca de una y otra véase el §. 962 y sig.

§. MCLXIV.

3. Llegamos á los contratos *innominados*, que son cuatro; doy para que des; doy para que hagas; hago para que des; hago para que hagas. De todos ellos nace una accion general que se llama accion *in factum*, ó *præscriptis verbis*, ó porque no existia fórmula de esta accion en la tabla del pretor, y por tanto se habian de determinar las palabras por algun jurisconsulto, como congetura Barn. Brison, *de form. vet. Rom. l.* 5. p. 385., ó porque se habian de anteponer y fijar las palabras de la convencion, añadiéndoles la accion *in factum*, como de la *l.* 1. *fin. ff. de præscrit. verb.* colige Em. Merilio *Obs. L. VIII.* c. 16. Se da esta accion *in factum* ó *præscriptis verbis* á aquel que por su parte dió ó hizo

algo, contra el que prometió dar ó hacer otra cosa, para que cumpla el contrato, ó lo que importe. *L.* 5. §. 1. *præscr. verb.*

§. MCLXV.

4. Siguen los *cuasi contratos*; acerca de los cuales bastará atender al catálogo de las acciones, porque todas se han descrito ya arriba en sus lugares correspondientes. Tales cuasi contratos son: a) la *gestion ó agencia de negocios*, de la que nace la *accion negotiorum gestorum* (*de los negocios hechos*); *directa y contraria*, la que describimos en el §. 972 y sig. b) La *tutela*, de donde nace la *accion de tutela*, *directa y contraria*, sobre la que véase arriba el §. 1176 y sig. c) La *comunion de la herencia*, de donde se deriva la accion *familiæ erciscundæ* (*de partir la herencia*), *mista y doble*, de la que se trató de propósito en el §. 982. d) La *comunion de cosas*, de donde nace la accion *communi dividundo* (*de dividir lo comun*), que esplicamos en el §. 983. e) La *adicion de la herencia*, que produce la accion personal *de testamento*, descrita en el §. 976. f) *Indebiti solutio* (*la paga de lo indebido*), de la que proviene la *condicion indebiti*, de la que se trató prolijamente en el §. 991. g) *El recibimiento que hace el patron del barco, ventero ó mesonero de las cosas de los caminantes*, de donde nace la accion de *recepto* contra los patrones, venteros ó mesoneros, de que se ha tratado largamente en el §. 1121. *El cuidado de los funerales*. Pues si alguno satisfizo sus gastos antes de ceder la herencia, propiamente no es

mandato, porque ninguno se lo mandó; ni gestion de negocios porque todavía no es heredero, y no puede administrar los negocios del difunto. Sin embargo, el pretor concede *la accion funérea* al que hizo los gastos del entierro contra el heredero que adió la herencia, ó contra aquel á quien pertenece el encargo de hacer las exequias. para que los restituya. *L.* 14. *l.* 15. *ff. de Religios.* Y esta accion es tan privilegiada, que se prefiere el actor á todos los demas acreedores.

§. MCLXVI. — MCLXXI.

5. Resta la cuarta parte de acciones personales que nacen de *hecho ilícito ó de delito*, el cual es ó verdadero ó cuasi delito, §. 1034. Verdaderos son primeramente las cuatro delitos privados; á saber: a) el *hurto*, del que nace la condicion furtiva, que es persecutoria de la cosa, y la accion del hurto que se da para la pena. De aquella tratamos en el §. 1062., de esta en el §. 1063. b) La *rapiña*, en la que puedo obrar por la accion de *hurto manifiesto*, ó por la accion *vi bonorum raptorum*, descrita en el §. 1076 y sig. c) El *daño causado con injuria*, que se vindica por la accion de la ley Aquilia, que esplicamos en el §. 1087 y 1091. d) La *injuria*, de donde nace la *accion* de *injurias pretoria* por la *l. Cornelia.* En el §. 1102 y sig. se halla la naturaleza y diferencia de ambas. Tambien hay ademas algunos otros delitos, de que no se trata en las Instituciones, sino en las pandectas, como e) la *alteracion de lo escrito* (*album corruptum*). Pues si alguno raia,

borraba, ó alteraba el escrito del pretor, que se ponia públicamente en una tabla ó pared dada de blanco, y en el que fijaba los edictos y fórmulas de las acciones, cualquiera del pueblo tenia la *accion de albo corrupto* contra el que le borraba ó alteraba para que pagase 500 sueldos de oro. *L. 7. pr. ff. de jurisd.* Por lo que esta accion era popular. f) *El delito del que establecia en la magistratura algun derecho nuevo é injusto, ó del que le obtenia del magistrado.* Contra aquel competia la *accion in factum*, por la que se obligaba á permitir se usase contra él del mismo derecho. He aqui el *derecho de Talion*, que se esplica elegantemente en la rúbrica *ff.*: *contra cualquiera ha de usarse del mismo derecho que él ha establecido respecto de otro.* g) *El delito del que no obedecia al que administraba justicia*, esto es, del que permitia llegase el negocio á la ejecucion, ó resistia manifiestamente á esta. Contra él se daba la accion *in factum* para lo que interesaba, *l. un. ff. si quis jus dic.* h) *El delito de los que á uno llamado á juicio le eximian de él por fuerza*, los cuales eran reconvenidos por la accion *in factum* en lo que el actor estimaba el asunto, *l. 5. §. 1. ff. Ne quis eum qui in jus.* i) *El delito del que dando algun aviso con dolo malo hacia que alguno no siguiese el juicio.* Y contra este se daba la accion *in factum* para que resarciese lo que se habia perdido. *L. 3. pr. ff. de eo, per quem factio erit.* k) *La calumnia*, de cuyo delito son reos los que recibieron dinero por molestar á uno con un pleito calumnioso, ó por no molestarle. Contra estos se daba *la accion in factum de calum-*

niadores, dentro de un año en el cuadruplo, pasado aquel en el tanto (*in simplum*). *L.* 1. *pr. ff. de calumn.* l) *El delito del que recibia algo para un fin torpe.* Pero aqui ha de distinguirse. Pues si el que lo dió interviene en el hecho impuro, nada recobra; si ambos tienen parte en él, tampoco puede repetirse lo que se ha dado, porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee. Mas si la fealdad del hecho la cometió solo el que recibió el dinero, compete al que se lo dió la *condicion ob turpem caussam*, contra el que lo recibió para que lo restituya. Véase el §. 992. m) *El delito del que corrompió al siervo ageno.* Dícese corromper cuando se pervierte su ánimo; por ejemplo, persuadiéndole á la fuga, incitándole al robo. Contra él se concede al dueño la accion *servi corrupti* (del siervo corrompido) en el duplo de lo que se deterioró el siervo, §. 23. *Inst. h. t.* n) *El delito del medidor* que fijó en los campos ó heredades falsos límites. Pues siendo los agrimensores un género intermedio entre los eruditos y las gentes ignorantes, sus trabajos eran en algun modo liberales, y por tanto no les cuadraba la accion *locati*, que solamente se daba en las obras mecánicas. El pretor pues concedió la accion *in factum* á fin de resarcir el daño que alguno hubiese sufrido. *L.* 1. *pr. L.* 3. §. 1. *l.* 5. §. 1. *ff. si mens. fals. mod.* o) *Las cosas que un cónyuge quita al otro*, de las que y de la accion *rerum amotarum* (de las cosas quitadas por uno de los cónyuges al otro) hemos hablado en el §. 1094. p) *El delito de los tutores sospechosos*, cuya accion esplicamos en un título particular, §. 302. q) La

accion *de distrahendis rationibus*, de que tambien se ha tratado en el §. 263. Estos son los delitos verdaderos. De todos los *cuasi delitos* nace una accion *in factum*, aunque tenga diversos sobrenombres, asi como la accion *in factum* contra el juez que hace suyo el pleito. La accion *in factum* de *effusis et ejectis* (de lo derramado y arrojado). La accion *in factum de suspenso et posito* (de lo que se pone y cuelga). La accion *in factum* contra los patrones de barco, mesoneros y venteros; de todas las que hemos hablado con separacion en los §. 1113. 1115. sig. 1118. 1122.

§. MCLXXII. — MCLXXIV.

II Concluimos la primera division de las acciones, segun la que son ó personales ó reales. Sigue la segunda, conforme á la cual son las acciones, unas *persecutorias de la cosa*, otras *penales*, otras *mistas*. *Persecutorias de la cosa* son aquellas por las que reclamamos lo que se nos debe ó falta á nuestro patrimonio, y tales son: 1) todas las acciones reales: 2) todas las acciones que nacen de la equidad natural, de los pactos y contratos, escepto la única *accion del depósito miserable*, la cual se concede en el duplo, y por tanto es juntamente penal, cuando el depositario niega el depósito dolosamente. §. 812.: 3) de los delitos nacen dos acciones puramente persecutorias de la cosa; á saber, la *condicion furtiva*, de la que se habló en el §. 1062., y la accion *rerum amotarum*. §. 1044. *Penales* son aquellas por las que pedimos solamente una pena. Estas son pocas, y

solamente nacen de los delitos; á ellas pertenece en primer lugar la accion de hurto, §. 1063. Las acciones de injurias, §. 1102 y sig. La accion de *albo corrupto*, §. 1168. La accion de *posito et suspenso*, §. 1118. Y últimamente, la accion de *effusis et ejectis*, si ha sido muerto un hombre libre, §. 1115. *Mistas* son aquellas por las que reclamamos lo que nos falta, y juntamente una pena. Tales son: 1) la accion de depósito miserable, por la que, consiguiendo el cuadruplo, se nos entrega juntamente la cosa y se impone la pena, §. 812.: 2) la accion de los legados dejados á lugares santos, ó como vulgarmente se dice, *ad pias caussas* (piadosos). Pues si el heredero niega que debe este legado, ó es moroso sin pagarle á justo tiempo, es condenado en el duplo lo que contiene el legado y la pena, §. 19. *Inst. h. t.* 3) Todas las demas acciones nacen de los delitos y cuasi delitos, de que hemos tratado apropósito en el §. 1166 y sig. Por lo demas entre estas acciones hay algunas diferencias notables. Pues 1) las acciones persecutorias de la cosa siempre son perpetuas, esto es, duran 30 años, ó al menos largo tiempo, si son reales. Las penales y mistas duran perpetuamente si son civiles, mas si nacen del edicto del Pretor, ordinariamente espiran al año. 2) Las acciones persecutorias de la cosa se dan á los herederos y contra los herederos; las penales y mistas no se conceden contra los herederos, y aun si se dirigen solamente á la venganza, tampoco no usan de ellas los herederos. 3) Las acciones persecutorias de la cosa no infaman ordinariamente aunque intervenga dolo, *L. 36. ff. de O. et A.*, esceptúan-

dose los cuatro contratos famosos, cuyas acciones producen infamia: *tutela*, *depósito*, *sociedad y mandato*. §. 785. Mas de las penales y mistas la mayor parte infaman.

§. MCLXXV. — MCLXXX.

III. Ahora corresponde la tercera division de las acciones, segun la cual unas se dan en el tanto (*in simplum*), otras en el *duplo*, otras en el *triplo*, otras en el *cuadruplo*, §. 21. *Inst. h. t.* Pues por la jurisprudencia romana nunca pasan las penas pecuniarias de esta cantidad. Sucede á veces en verdad, que se venden todos los bienes y se aplican al fisco, como en el crímen de perduelion ó de lesa magestad. Pero aqui no hablamos de los juicios públicos, sino de las acciones privadas, respecto de las que es verdadera la regla fijada. 1) Se conceden en el *tanto* a) todas las acciones persecutorias de la cosa. Pues por ellas no trato de adquirir lucro, sino de evitar un daño, y por tanto debo contentarme con el tanto. Y que acciones sean persecutorias de la cosa, lo dijimos en el §. 1173. b) Algunas penales mistas ánuas, que dentro de un año se conceden en el cuadruplo ó duplo, y pasado este tiempo en el tanto. Tales dijimos arriba que eran la accion *vi bonorum raptorum*. §. 1076 y sig.: la accion *quod metus caussa*, §. 1151.: la accion de los calumniadores, §. 1169. 2) *Las acciones en el duplo* son de dos maneras. Pues ó puedo pedir desde un principio el duplo, ó por ocultar la verdad, ó por la tardanza; en cuyo último caso se dice que crece la demanda por la tardanza del reo ó no confesion.

Del primer género son las acciones de hurto no manifiesto, §. 1058., del siervo corrompido, §. 1169. 8., de destruir las cuentas, §. 263., y otras semejantes. Del segundo género son la accion de la L. Aquilia, §. 1093., y la accion de los legados dejados á lugares santos, §. 1174. 3) El derecho justiniáneo hace mencion de una accion en el *triplo*, que hoy dia no tiene ningun uso; la cual se concedia contra el que estimaba en mas de lo justo el proceso, con el fin de que el portador ó ejecutor del pleito exigiesen mayor cantidad con el nombre de espórtulas ú otro, §. 24. *Inst. h. t.* Pero no cobrándose en el dia las costas del pleito á prorata del valor que contiene el proceso, sino con arreglo á la equidad, no puede tener ningun uso esta accion. 4) Tambien en el *cuadruplo* se dan algunas acciones desde un principio, y otras despues de algun hecho por contumacia. Tenemos ejemplos del primer género en la accion de hurto manifiesto, §. 1058.; la de *vi bonorum raptorum*, §. 1076.; la de los calumniadores, §. 1169. Es ejemplo del último género la accion *quod metus caussa*, que al principio solo se dirige á que el juez mande restituir la cosa quitada por fuerza ó miedo; mas si el reo no obedece á esta disposicion del juez, por la contumacia es condenado en el cuadruplo, §. 1151. Pero toda esta division no es en el dia de grande uso, 1) porque en la mayor parte de los paises determina la legislacion la cantidad cierta de las penas pecuniarias; y en parte 2) porque segun la costumbre de nuestras sociedades, rara vez se adjudica la pena al actor, sino que comunmente la percibe el fisco.

§. MCLXXXI — MCXCI.

IV. Sigue la cuarta division de las acciones. Unas son de *buena fe*, otras de *derecho estricto*, y otras *arbitrarias*. Por tanto examinaremos aqui 1) el origen de esta diferencia, §. 1181. 1184.: 2) que sean estas acciones, §. 1185.: 3) cuales son las de buena fe, de derecho estricto y las arbitrarias §. 1186. 1189.: 4) como se diferencian en el efecto, §. 1190. 1191.: 5) á las que á ejemplo de Justiniano añadiremos un apéndice de la peticion de mas que lo que se debe, §. 1192. 1196. I) *El origen de esta diferencia* se ha de buscar en el antiguo modo de litigar. Los magistrados romanos no dirigian por sí mismos todo el pleito, sino que hecha la citacion, se espresaba con cierta fórmula la obligacion de presentarse á su tribunal; es decir, que afianzaba el reo presentarse de nuevo al segundo dia. Luego que este llegaba, el pregonero en voz alta citaba al reo presente, el cual entablaba el actor la accion con una breve fórmula; por ejemplo: *digo que me debes ciento por mútuo.* Tambien el reo ponia la escepcion con una breve fórmula; por ejemplo: *y yo lo niego, porque en virtud del senadoconsulto macedoniano no queda obligado el hijo de familia.* El actor replicaba: *digo. que siendo* tui juris *has renunciado á esta escepcion.* El reo contestaba segunda vez: *niego que haya renunciado.* Asi entendia el pretor al momento los derechos de las partes y el punto de la cuestion. Consistiendo pues la dificultad de la disputa en saber si el reo habia renunciado al se-

nadoconsulto macedoniano, siendo ya *sui juris*; y siendo esta cuestion de hecho, no restaba sino averiguar la verdad de este derecho. Mas esto no lo hacia el pretor por sí mismo, sino que comisionaba á algun jurisperito que oyese los testigos y diese sentencia. Este jurisperito en los negocios de derecho estricto se llamaba juez, y en los de buena fe y arbitrarios *árbitro*. Mas en nuestra jurisprudencia se llaman indistintamente *jueces pedáneos*, porque no administraban justicia en los tribunales como el pretor, sino en sillas puestas debajo del tribunal del pretor, y por tanto poco mas ó menos á sus pies. Trataron eruditamente de este asunto los doctísimos triunviros, Franc. Poleto en la *historia del foro romano*: Gerh. Noodt. en el opúsculo *de la jurisdiccion*, *L.* 1. *c.* 3. *y sig.*, y Cristoph. Celario, *del orden de los juicios romanos*. Empero para que no sentenciasen á su arbitrio los jueces, el pretor les prescribia la fórmula, la cual era de tres maneras. Pues ó espresaba cierta suma, en la que habia de ser condenado el reo, por ejemplo, *si aparece* (por la prueba) *que Pedro debe á Juan ciento, y que Pedro ha renunciado al senadoconsulto macedoniano, condénale en ciento*: si se hacia esto, la accion se llama de *derecho estricto*; y entonces estaba el juez tan ligado á la fórmula, que no podia condenar en mas de ciento, ni en las usuras, frutos ni gastos. O el pretor no espresaba en la formula cierta suma, sino que dejaba al juez la potestad de juzgar con arreglo á la equidad (*ex æquo et bono*). Y entonces era la fórmula: *si aparece que Pedro debe á Juan en virtud de compra, condéna-*

le en lo justo conforme á buena fe (*ex fide bona*). En la accion de las cosas de la muger, en lugar de las palabras *ex fide bona* (*á buena fe*), se usaba de la fórmula, *quantum æquius melius* (*en lo que sea mas justo*): en el antiguo contrato *fiduciæ* (de confianza) (§. 195.) se usaban las palabras, *ut inter bonos agere oportet* (*como suele tratarse entre hombres de bien*). Y si se ponia semejante fórmula, se denominaba contrato de *buena fe*; y entonces podia el juez imponer ademas de la suma debida otras cosas; como usuras, frutos, la estimacion, los daños &c. O últimamente, el pretor fijaba en su fórmula dos casos, mandando por el primero al juez que condene al reo á que restituya la cosa; y si era contumaz el reo, y no quisiese restituirla, daba potestad al juez de condenarle en mas. La fórmula entonces era esta: *si aparece que Ticio quitó á Mevio por fuerza y miedo ciento, mándale que los restituya. Si no los restituye por tu mandato, condénale en el cuadruplo.* Entonces se llamaba la accion *arbitraria*, porque el juez podia juzgar cuanto debia restituirse, y en seguida si no obedecia á su fallo podia condenarle en mas; á la verdad no siempre en el cuadruplo, sino á veces en lo que habia jurado el actor en el pleito. Por tanto el origen de todas estas diferencias entre las acciones ha de traerse de las diversas fórmulas de que usaba el pretor al nombrar el juez pedáneo ó árbitro. II.) Ahora pues fácilmente se manifiesta tambien que sean estas acciones. Esto lo enseñarán las definiciones. La *accion de derecho estricto* es aquella en que la potestad del juez, de tal manera está sujeta

á la fórmula, ó en el dia á la convencion de las partes, que no puede señalar mas que cierta y espresa cantidad, *l.* 99. *de V. O. Accion de buena fe* es aquella en que se permite al juez ó al árbitro, que con arreglo á equidad estime cuanto debe satisfacer el uno al otro, §. 30. *Inst. h. t. Accion arbitraria* es aquella en que el juez ó el árbitro estima primero cuanto debe restituirse; mas si no obedece el reo, le condenaba en mas por la contumacia; por ejemplo, en el cuadruplo, ó en cuanto jurase el actor en el pleito, Teophil. *Paraph.* §. 31. *Inst. h. t.* III.) Mas se pregunta, por último, qué acciones eran de buena fe, de derecho estricto y arbitrarias? Estaba en el arbitrio del pretor prescribir la primera, la segunda ó la tercera fórmula á su voluntad? De ningun modo, sino que observaba ciertas reglas. 1) *Siempre que la accion nace de negocio unilateral, es aquella de derecho estricto.* De aqui fácilmente se infiere por que son de derecho estricto las acciones de *mútuo*, *de lo estipulado*, *del quirógrafo*, *de lo indebido*, del *testamento*. Pues ninguno de estos negocios tiene mútuas obligaciones y prestaciones, sino que todas son unilaterales. 2) *Siempre que nace la accion de negocio bilateral, en que son mútuas las obligaciones, es esta una accion de buena fe.* Justiniano formó con esmero un largo catálogo de estas acciones, §. 28. *Inst. h. t.*, que repetimos en el §. 1186., y que suplimos con una accion; á saber, la *funérea*. La cual no se ha omitido en este catálogo, sino que se comprende bajo la accion de los negocios hechos. Ahora bien, cualquiera que examine aquel catálogo, advertirá que todos los negocios

de que nacen aquellas acciones son bilaterales. 3) Acerca de las arbitrarias no hay regla cierta; pero son pocas, y han de considerarse como escepciones de la regla. Son ocho. (a) Todas las acciones reales, escepto la peticion de la herencia; (b) la accion *quod metus caussa*, §. 1151.; (c) la accion *de dolo*. §. 1152.; (d) la *accion ad exhibendum*, §. 1148.; (e) la accion *de eo quod certo loco*, por la que obra aquel á quien se prometió pagar en cierto lugar, contra el que no paga en el lugar prometido, para que pague lo que interese; (f) la *accion redhibitoria*, §. 1163.; (g) la *accion finium regundorum*, por la que aquel que posee un fundo confinante con otro, obra contra el dueño de este para que se restablezcan los límites de ambos; y últimamente, (h) la accion *faviana* y *calvisiana*, de que se ha tratado arriba, §. 1154.

Resta una accion *del estipulado de la dote*, introducida por Justiniano, *l. un C. de rei uxor. act.* §. 29. *Inst. h. t.* Es de naturaleza muy singular. Antiguamente acabado el matrimonio, ó por muerte, ó por divorcio, tenia la muger la accion *rei uxoriæ* contra el marido ó su heredero, para repetir la dote, la donacion *propter nuptias*, y conseguir lo demas que se debia á la muger por los pactos dotales. Esta accion era de buena fe, y ademas tan privilegiada, que es preferida la muger demandante á todos los demas acreedores. Pero nuestro Justiniano sin saber por que causa lo alteró esto sin necesidad; y abolida aquella accion quiso que en este caso tuviese la muger la accion de lo *estipulado por la dote*, y que esta accion tuviese todas las cualidades de la accion *rei uxoriæ*. Por

tanto de alli provino, que esta accion de lo estipulado por la dote es un monstruo formado solamente de contradicciones. Pues 1) por otra parte la accion de lo estipulado es de derecho estricto, porque se concede en un negocio unilateral, §. 1187; y esta es de buena fe, y nace de un negocio bilateral; á saber, de los pactos dotales. 2) La accion de lo estipulado proviene por otra parte solamente de la estipulacion hecha con palabras solemnes, §. 829., y esta dimana de los pactos dotales, aunque no esten afirmados con la estipulacion: 3) en los demas casos, siendo la accion de lo estipulado de derecho estricto, no goza de ningun privilegio; esta es privilegiada, y la muger tiene el derecho de preferencia. Qué interesaba pues á la república abolir una accion y sustituir otra mas incómoda y poco conforme al negocio? Empero asi lo quiso el sacratísimo emperador Flavio Justiniano.

IV.) En seguida se pregunta en que se diferencian las acciones de buena fe, de derecho estricto y arbitrarias. Resp. 1) Las arbitrarias, como dijimos, se diferencian de las demas en que en las otras acciones de buena fe y de derecho estricto se hace la condenacion simplemente, no asi en estas sino se obedece el fallo del juez. 2) Las acciones de buena fe y de derecho estricto se diferencian (a) en que en estas el dolo y miedo producen restitucion *in integrum*; en aquella el dolo hace nulo el negocio por la misma ley. (b) En que en estas no se deben las usuras si no se han prometido; en aquellas se deben aun no prometidas, ó por sola la morosidad; (c) en que en estas los pactos unidos á los contratos solo producen escepcion; en

aquellas subsisten estos pactos por la misma ley, y producen la accion del contrato á que se agregan. Existen ademas algunas otras diferencias, pero mas sutiles, y en el dia no de grande uso, por lo que no nos detenemos en ellas.

§. MCXCII. _ MCXCVI.

V.) Resta un apéndice de esta cuarta division de acciones, que á ejemplo de Justiniano añadimos á este tratado; á saber, *de pluris petitione.*) De la peticion de mas de lo debido). Donde ha de observarse: 1) que el actor á ser posible, debe pedir siempre suma cierta. No basta pues decir que Pedro me debe mucho, sino que es preciso espresar la cantidad; por ejemplo, Pedro me debe 600. Pues de otro modo no puede el juez dar sentencia cierta, lo que sin embargo debe hacerse, §. 32. *Inst. h. t.* Y digo á *ser posible*, pues en algunas acciones no puede hacerse; por ejemplo, en las acciones hereditarias, y otras universales. Aqui pide el heredero la herencia, aunque no sepa exactamente su cantidad, porque despues aparece del inventario á cuanto asciende. 2) Ha de tenerse presente, que antiguamente era esto de derecho estricto, y que era dado por decaido de la demanda el que pedia un maravedí mas de lo que se le debia, §. 34. *Inst. h. t.* Pediase mas, ó en *la cosa*, si se pedia mayor cantidad; por ejemplo, 500 florines en lugar de 400; ó en el *tiempo*, si se pedia mas pronto y antes del dia en que se debia; por ejemplo, si pedia 100 en este dia, debiendo pagarse un año despues; ó en el *lugar*, si se pide en otro y mas

incómodo que aquel en que debia pagarse segun el contrato, por ejemplo. si estando en Madrid el deudor, y habiendo ofrecido pagar en Cadiz, se pidiese en Pamplona; ó últimamente en el *título*, si se pide juntamente lo que se debe bajo condicion; si precisamente se pide el siervo Estico, habiéndose prometido alternativamente á Estico ó á Dromono; si pide una especie, por jemplo, las obras de Cujacio, habiéndose prometido un género, á saber, un libro, §. 33. *Inst. h. t.*: por todos estos casos pues se decaia de la demanda en la jurisprudencia antigua. 3) Ha de notarse que pareciendo esto algo duro á Zenon, prohibió por la *l.* 12. *C. de plur. pet.*, que ninguno fuese decaido de la demanda por pedir mas de lo que se le debia, sino que solamente se le impusiese una pena. Á saber; (a) si uno pedia mas en el tiempo ó mas pronto de lo justo era la pena que se duplicase aquel; por ejemplo. si uno debia despues de un año, y el acreedor lo pedia un año antes, tenia que aguardar dos años, pero no por eso perdia su derecho. (b) Si pedia mas en el lugar, se establecia que reconvenido por la accion de *eo quod certo loco*, pagase de menos cuanto le interesara pagarlo en lugar determinado. (c) Si alguno pidiese mas en la cosa ó título, era condenado por la constitucion de Justiniano en el triplo de lo que habia pedido de mas. Asi lo habia establecido el emperador Zenon. Empero 4) ha de advertirse que en el dia no es tan peligrosa la peticion de mas de lo debido, con tal que se enmiende la demanda antes de la sentencia. *Enmendar* la demanda es corregir alguna circunstancia en ella puesta, y haciendo esto el actor hasta

la sentencia queda impune como dije. Al contrario, no se permite tan impunemente *mudarles demanda*, esto es, mudar todo el género de la accion, y por ejemplo, sustituir la accion de lo estipulado en lugar de la de mútuo. Puede hacerlo el actor antes de la contestacion del pleito, mas despues de contestado no seria admitida la demanda, á no satisfacer el actor al reo todos los gastos del pleito; pero de esto tratan mas latamente los pragmáticos.

§. MCXCVII. _ MCCIII.

V. Resta la quinta y mas fácil division de las acciones, de que se trata en este título. A saber; por unas acciones conseguimos el *todo*, por otras *menos que el todo*, §. 56. *Inst. h. t.* Conseguimos el todo ó la cosa por entero ordinariamente por todas las acciones, ya reales, ya personales, y esta es la regla. Empero hay ciertos casos en que conseguimos menos que el todo, y estos pertenecen á las escepciones de la regla. Por tanto, solo estas esceptiones debemos tener en la memoria.

1) El primer caso es en la accion del *peculio*. Tiene lugar esta si el hijo de familia ó siervo ha negociado con el peculio profecticio. Pues si entonces contrajo deudas, entablan los acreedores accion contra el padre ó dueño, para que paguen cuanto alcance el peculio. Si pues en el peculio no hay tanto como lo que se debe, entonces consiguen los acreedores menos que el todo. Pero de esta accion hablaremos en el título siguiente. §. 1219.

2) El otro caso es la *compensacion*. Compensa-

cion es la union del mútuo crédito y débito. Y de aqui es que se considera como paga, y destruye la obligacion, al menos hasta la suma concurrente. Supongamos que Pedro obra contra Juan porque le debia 1ↀ, y que Juan prueba que Pedro le debia á él 600; entonces será compensada esta suma, y por tanto á Pedro se le adjudicarán sola- mente 400; es decir, menos que el todo. §. *pen. Inst. h. t.*

3) El tercer caso es el *beneficio de competencia*, que es un privilegio personal, por el cual el que goza de él no puede ser condenado sino en lo que puede; es decir, que no se le deje conocida- mente miserable. De este privilegio gozan algu- nos *aa*) por estrecha relacion; á saber, (a) los pa- rientes hasta el segundo grado, los padres, hijos, hermanos; (b) los afines en primer grado, como el suegro y yerno, y tambien (c) los patronos que estan en lugar de padres respecto de los li- bertos, §. 111.; (d) los cónyuges y sócios, que se consideran como hermanos, §. 942. *L.* 63. *pr. ff. pr. soc. bb*) Algunos tienen este privilegio por la milicia, á saber, los militares, *L.* 7. *L.* 18. *ff. de re judic.*; que en vano se estiende á los nobles, abogados, clérigos, doctores, porque los privile- gios no admiten interpretacion estensiva, §. 60. cc) Por beneficio gozan de este privilegio los do- nantes si son reconvenidos por su donacion ó li- beralidad, *L.* 19. §. 1. *L.* 49. *L.* 50. *ff. de re jud.*; cuyo privilegio sabemos por la *L.* 28. *de reg. jur.* que concedió D. Pio á los donantes. d) Ultima- mente, se concede á algunos este privilegio por ca- lamidad; á saber: (a) á los desheredados; (b) á los

que reusaren la herencia paterna; y (c) á los que hicieren cesion de bienes; esto es, que no teniendo con que pagar por varias calamidades sin culpa suya, ofrecen á los acreedores todos sus bienes, que en nuestra legislacion se llama *flebile beneficium, et lamentabile adjutorium* (beneficio pequeño y auxilio lamentable). En todos estos casos pues, por cualquier contrato que sean reconvenidos, ha de dejárseles lo bastante para que no queden en estrema necesidad, esto es, tienen el beneficio de competencia. Podrá oponerse que los desheredados son indignos de este beneficio, porque no se hace la desheredacion sino por ingratitud enorme. §. 529. Y ademas que tampoco parecen dignos de este privilegio los que renuncian la herencia paterna, debiendo imputarse á sí mismos lo que han hecho. Pero respondemos: en cuanto á los desheredados es esto muy cierto, desde que Justiniano estableció en la *Nov.* 115. por ley pública, que no se hiciese la desheredacion sino por causas de ingratitud. Pero desheredando antiguamente los padres á sus hijos por su antojo, aun estando inocentes, §. 520., en aquel tiempo á la verdad eran dignos de conmiseracion. Y en cuanto á los que renunciaban la herencia paterna es evidente que no serian tan necios que la reusaran, á no tener mas deudas que bienes. Y no habrá nadie de sano juicio que niegue que tambien en este caso es digno de conmiseracion el hijo.

TITULO VII.

De los que negocian con los que estan bajo de potestad agena.

§. MCCIV._MCCVI.

Concluimos el prolijo título de las Instituciones, en que se esplican cinco divisiones de acciones. En este y los dos títulos siguientes continua la *sesta division de las acciones.* Todas las acciones pues, ó nacen *de un hecho nuestro*, ó *de un hecho ageno*, y esto, ó de un siervo, ó de un hijo de familias, ó de nuestros animales. Por tanto (a) se trata en este título VII. de las acciones que se dan contra el padre ó dueño por los contratos de los hijos de familia, ó de los siervos: (b) de las acciones que se dan contra el dueño ó poseedor de los siervos por los delitos de estos, título VIII.: (c) de las acciones que se conceden contra el poseedor por el daño causado por sus ganados, título IX. En este título pues se trata de las acciones que nacen de los contratos de nuestros hijos de familias y siervos: donde se pregunta: (a) de que naturaleza son estas acciones, y (b) por que puede ser reconvenido el padre por los hechos del hijo, y el señor por los de su siervo.

I. A la primera pregunta respondemos: que todas las acciones de que se trata en este título, son *qualitatis adjectitiæ* (*de cualidad añadida*), esto es, una especie de género máximo bajo el que se comprenden varias especies de acciones, y ciertamente tantas, cuantos son los contratos y

cuasi contratos. Por ejemplo; la accion de *peculio* es el *género*; si el hijo de Pedro me debe por mútuo, tengo contra el padre la condicion del mútuo de *peculio*; si debe por compra, entablo la accion de lo vendido de *peculio*; si debe por haber tomado en arriendo, tengo la accion *locati* de peculio. Luego de *peculio* es solo una cualidad añadida (*adjectitia*) que se agrega á todas las acciones del contrato con el fin de que se diferencie. Y lo mismo sucede en las demas acciones de este título.

II. A la segunda pregunta, por que quedan obligados el padre y el señor por los contratos de los hijos y de los siervos, respondemos que hay dos razones, una *remota* y otra *próxima*. La mas remota es porque el vínculo de potestad induce la unidad de persona, y de aqui es que el padre y el hijo, el señor y el siervo se tienen por una persona, y por tanto se entiende que lo que hicieron el hijo ó siervo, lo han hecho el padre y el señor. Pero esta razon es muy lejana, porque de alli tambien podria colegirse que él puede ser reconvenido por el delito del hijo. Tambien esto podia suceder antiguamente. §. 7. *Inst. de nox. act.* Pero despues que esto se ha mudado debe buscarse razon mas inmediata. La qual es de cuatro maneras: 1) si el padre manda contraer al hijo, y el dueño al siervo: 2) si el padre ó dueño encargan al hijo ó siervo una negociacion: 3) si el padre ó dueño dan el peculio al hijo ó siervo con el fin de que negocien con él: 4) si se ha invertido en las cosas del padre ó dueño lo que han adquirido el hijo ó siervo por el contrato. Y con esto se dará ahora razon de todas las acciones de

que se trata en este título, cuyas partes son seis. Se trata pues: 1) de la accion *quod jussu* (*de lo ordenado*), §. 1181 y sig.: de la accion *exercitoria é institoria* (*perteneciente al patron de barco y factor de comercio*), §. 1183. 1189.: 3) de la accion *tributoria*, §. 1190. 1192.: 4) de la accion de *peculio*, §. 1193 y sig.: 5) de la accion de *in rem verso* (*de lo que se ha invertido en la cosa*), §. 1195 y sig.: 6) del senadoconsulto *macedoniano*, §. 1197. 1201.

§. MCCVII. MCCVIII.

I. La primera accion es *quod jussu*, que asi se llama de las palabras con que empieza el edicto del pretor. La orden (*jussum*) se diferencia del mandato. Pues este es un contrato que requiere el consentimiento de dos. Y no siendo el padre y el hijo, y el dueño y el siervo dos personas, sino una sola, no puede verificarse el mandato entre ellos. Por tanto se llama *jussum* el precepto que los padres dan á los hijos, ó los dueños á los siervos. Ahora siendo igual si el padre manda al hijo contraer, ó el dueño al siervo negociar, que si contrajese el mismo padre ó negociase el dueño, el pretor da por esta razon la accion *quod jussu*. La entablan aquellos que contrajeron con el hijo ó siervo por orden del padre ó dueño, contra el padre ó dueño que dió la orden, ó sus herederos, para que cumplan por entero el contrato que mandaron celebrar, §. 1. *Inst. h. t.*

§. MCCIX. _ MCCXV.

II. Siguen las acciones *exercitoria é institoria*, á cuya inteligencia ayuda el esplicar antes algunas palabras. Llámase *exercitor* aquel que arma una nave propia ó fletada á su riesgo y la echa al mar, de modo que son de su cuenta los gastos diarios, y á él le pertenecen las ganancias. Aquel á quien este *exercitor* da el mando de la nave para que dirija la negociacion marítima, ó aquel á quien sustituye en su lugar el encargado de la nave, se llama en nuestro derecho *magister navis (capitan ó patron del buque)*, ya sea padre de familias, ya sea hijo de familias, bien libre ó siervo, propio ó ageno, menor ó de mayor edad. *L.* 1. §. 3. 4. 5. *ff. de exerc. act.* Aquel á quien el comerciante encarga su tienda de comercio para que á su nombre dirija la negociacion mercantil, se llama *institor* (*institor ó factor del comercio*), del vocablo latino *instando*, que significa ejercitarse en el comercio, negociar. Véase á Wos. *Etymol. v. institor.* Ni importa que sea padre de familias, ó hijo de familias, siervo ó libre, propio ó ageno, menor de edad ó mayor. *L.* 18 *ff. de Inst. act.* Ultimamente, las condiciones que se fijan al capitan del buque ó institor, y que deben observar negociando, se llaman *lex*, *propositiones (condicion, proposiciones)*. Si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdan envia á España una nave, la encomienda á un capitan, y los comerciantes españoles contratan con este, por derecho civil no tienen los españoles ninguna accion con-

tra el comerciante de Amsterdan, porque no contrajeron con él, sino con el capitan. Pero el pretor siguiendo la equidad les concedió la *exercitoria*, y por tanto compete á aquellos que contrajeron con el patron de la nave, segun las condiciones de la proposicion, contra el *exercitor*, ó si estos son muchos, contra cada uno de ellos *in solidum*, para que cumpla el contrato celebrado con el capitan de la nave, §. 2. *Inst. h. t.* De la misma naturaleza es la accion *institoria.* Aquel pues que contrajo con el institor encargado de la lonja, con tal que contrajese segun las condiciones de la comision, entabla esta accion contra el comerciante que encargó á aquel la direccion, ó si son muchos, contra cada uno de ellos *in solidum*, ó sus herederos, para que cumplan el contrato celebrado con el institor. §. 2. *Inst. h. t.* Añadimos algunas observaciones sobre una y otra accion. 1) Que está en el arbitrio del actor obrar, si quiere, contra el capitan ó institor, ó contra el *exercitor* (dueño del buque) ó comerciante. Pues la accion concedida por el pretor no destruye las acciones directas que cada uno tiene contra aquel con quien contrajo. No obstante, los que quieren obrar contra el patron del buque ó institor deben hacerlo mientras aquellos ejerzan todavía el cargo. Pues concluido este, no pueden ser mas reconvenidos, *l. ult. ff. de Inst. act.*; porque entregadas las cuentas y los instrumentos no podrian ya defenderse. 2) Estas acciones han sido introducidas en favor de los que contrataron con el capitan ó institor, no en favor de los dueños de buques ó comerciantes; y asi aquellos pueden obrar contra estos, mas no

estos contra aquellos, á no ser que de otro modo no puedan conservar sus cosas. *l.* 1. *l.* 2. *ff. de Inst. act.* 3) No se conceden estas acciones por delito del capitan del buque ó institor, ni por los contratos que no pertenecen á su oficio, porque los encargantes solo quedan obligados segun las leyes de la comision.

§. MCCXVI._MCCXVIII.

III. Sigue la accion *tributoria*, en el dia de ningun uso. Entre los romanos si el hijo de familias negociando con el peculio profecticio contraia deudas y estrechaban al pago los acreedores, no se nombraba mas juez que el padre, como juez doméstico de los hijos. Estaba este pues obligado á distribuir á prorata entre los acreedores las rentas del peculio, no el mismo peculio; y á esto llamaban *tribuere* (*distribuir*). Sucedia muchas veces que el padre era injusto, y no observaba igualdad en la distribucion, dando á uno de mas y á otro de menos. En cuyo caso se concedia la accion tributoria á aquellos acreedores á quienes se habian distribuido mal las rentas peculiares del hijo ó siervo, contra el padre ó dueño que distribuyó injustamente, §. 3. *Inst. h. t.*

§. MCCXIX. MCCXX.

IV. La quinta es la accion *de peculio*. Llámase peculio todo lo que el hijo de familias ó siervo tiene separado de las cuentas paternas, §. 473. Mas siendo respecto del hijo de muchas maneras, y dividiéndose en *militar* y *pagano*, aquel en *cas-*

trense y *cuasi castrense*, y este (*el pagano*) en *profeticio* y *adventicio*, aqui solamente se habla del *profeticio*, esto es, el que se separa para el hijo de las cosas paternas. Asi que, si él da algun peculio al hijo, ó el dueño al siervo, para que negocie con él, y el hijo de familias contrae deudas, entonces todos los acreedores á quienes se debe algo por contrato del hijo ó siervo tienen la accion de peculio contra el padre ó dueño, ó sus herederos, hasta lo que alcance el peculio, §. 4. *Inst. h. t.* Estan pues obligados el padre y el dueño hasta el peculio, y si en él hay poco ó nada, tambien pagan nada ó poco. De donde se manifiesta fácilmente, por que arriba en el §. 1197. numeramos esta accion entre aquellas por las que conseguimos menos que el todo.

§. MCCXXI. MCCXXII.

V. La última accion perteneciente á este lugar es la *de in rem verso* (*de lo invertido en la cosa*). *In rem verti* es invertir en utilidad de alguno. Por tanto el caso es, cuando el padre ó dueño no mandan en verdad contraer al hijo ó siervo, pero sin embargo estos contratan de modo que han aumentado el patrimonio del padre ó dueño; ya tomasen la cosa por contrato, por ejemplo, si el hijo ó siervo comprasen libros y los trasmitiesen al padre ó dueño; ó ya haciendo que el padre economice su dinero, por ejemplo, si el hijo tomase dinero prestado y lo emplease en obsequiar los huéspedes, ó pagar los maestros de los colegios &c. Siendo entonces injusto que uno se haga rico en

daño de otro, movido el pretor por la equidad concede la accion de *in rem verso*, que compete al acreedor contra el padre ó dueño, en todo lo que se ha invertido en utilidad de estos, §. 4. *Inst. h. t.* Si pues toda la suma del crédito se ha invertido en su utilidad, se concede esta accion en el todo; si se ha invertido en parte, solo por lo tocante á esta, cuya accion se manifiesta que en el dia es de grande utilidad, porque estriba en el fundamento nacido de la equidad natural, que ninguno debe enriquecerse con daño de otro.

§. MCCXXIII. _ MCCXXVII.

VI. En lugar de apéndice se añade la doctrina del *senadoconsulto macedoniano*, no porque nazca de él accion, sino porque produce la escepcion con que pueden eladir el padre y el hijo la accion que contra ellos entabla el acreedor. Para tratar con orden esta utilísima materia examinaremos (a) el origen de este senadoconsulto; (b) lo establecido por él; (c) que axiomas han de observarse acerca de él; (d) que derechos nacen de él.

I. Sobre el origen del senadocousulto disienten Suet. *Vesp. c. II.* y Tac. *annal. lib. XI. XII.* Aquel le refiere á Vespasiano, este á los tiempos de Claudio. Mas puede conciliarse esto. Pues ó se renovó bajo de Vespasiano lo que se determinó por Claudio, ó Vespasiano le propuso al senado en su primer consulado, que sucedió en el imperio de Claudio, cuya congetura es de P. Fabró, *semestr. lib. I. c.* 25. Pero aun es mayor la divergencia de opiniones sobre lo que dió ocasion al

senadoconsulto. El comun sentir que propuse tambien en el §. 1223., es que existia un bribon usurero llamado Macedon, que prestaba dinero á los hijos de familia con usuras crecidísimas: sucedió que viviendo algun padre mucho tiempo, y viendo que las usuras crecian tanto que absorvian casi todo el patrimonio, dió veneno al padre, por cuyo fatal ejemplo se estableció este severo senadoconsulto. Pero Teófilo, *Paraphr.* §. 7. *Inst. h. t.*, dice que no era el malvado usurero el que se llamaba Macedon, sino el hijo de familias. Estrañamente se esplica Teófilo. Pero no obstante, si examinamos las mismas palabras del senadoconsulto en la *l.* 1. *ff. del senadoconsulto mac.*, no confirman poco el parecer de Teófilo. Dice pues el senado: *Quum inter ceteras caussas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset &c.* No se dicen deudas (*æs alienum*) respecto del acreedor, sino del deudor, *l.* 213. §. 1. *ff. de V. S.* Luego no era Macedon el usurero, sino el hijo deudor. En seguida se añade otra razon que pertenece al usurero, y se halla en estos términos: *Et quum sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus &c.* De donde se evidencia que Teófilo lo ha acertado.

2. La disposicion del senadoconsulto macedoniano consiste (a) en que el que haya prestado dinero al hijo de familias, no tenga viviendo el padre, ni muerto este, ninguna accion, ni contra tra el padre, ni contra el hijo. (b) Que si se ha prestado algun dinero, tenga el padre y el hijo la escepcion del senadoconsulto macedoniano para

eludir la accion. La misma disposicion tenemos en la *L. 1. pr. ff. de senadoconsulto maced.*

3. De aqui entenderemos fácilmente tres axiomas que propusimos en el §. 1224. a) Este senadoconsulto no se ha concedido en favor del hijo, sino del padre. Pues el hijo que sin saberlo el padre ó contra su voluntad contrae deudas, no es digno de gracia, sino el padre en quien recaeria esta carga si hubiesen de pagarse las deudas, porque el hijo nada tenia propio. b) Este senadoconsulto concede escepcion, si no se ha pagado, no accion. Pues si se paga ni el padre ni el hijo pueden repetirlo como indebido. c) El senadoconsulto tiene lugar en el mútuo; luego no en la compra, locacion y otros contratos, y ni aun en todo mútuo, como si uno prestase aceite, trigo, vino, ú otras cosas fungibles, sino cuando se presta dinero.

4. Ahora veremos que conclusiones nacen de aqui: a) habiéndose introducido este senadoconsulto segun el primer axioma, en favor del padre, y no del hijo, se sigue (a) que en vano renunciará á esta escepcion el hijo, *L. 29. c. de pact. L. 40. ff. de cond. ind.*, á saber, viviendo el padre. Pues muerto, no tiene duda que espresa y tácitamente puede renunciar su derecho. (b) Que bien puede al contrario renunciar el padre espresa ó tácitamente. Pues cualquiera puede renunciar al derecho introducido en su favor: (c) que cese la escepcion por parte del padre si se ha invertido el dinero en su utilidad, *L. 17. §. 12. ff. de senadoconsulto maced.* Porque seria injusto que el padre quisiese usar de este auxilio para enriquecerse con daño de otro. (d) Que el hijo no tiene esta

escepcion si tiene peculio castrense ó cuasi castrese, *L.* 1. 3. 2. *ff. eod.* Pues este privilegio se ha concedido al hijo de familias, y en el peculio castrense y cuasi se considera al hijo como padre de familias. (e) Que tampoco es digno de este privilegio el hijo que engañó á los acreedores, diciendo que era padre de familias. *L.* 1. *c. eod.* Pues las leyes jamas favorecen el dolo. (f) Que si el acreedor ignorase que era hijo de familias aquel con quien contrajo, con razon cesará este senadoconsulto, *L. pen. ff. eod.*, con tal que esta ignorancia no sea efecto de descuido ó afectada. Pues si ciertamente el pueblo del deudor no está muy lejano del lugar del contrato, apenas es probable que pudiese ignorar el acreedor su condicion. (g) Que el hijo de familias mayor de edad no puede oponer esta escepcion al menor ó pupilo, *L.* 3. §. 2. *ff. senadoconsulto maced.*; parte porque el privilegiado no goza de privilegio contra el igualmente privilegiado, y parte porque hay una justa presuncion en favor del menor ó pupilo, de que ignoraba que su deudor era hijo de familias. Y ya vimos en la conclusion próxima anterior que escusa la ignorancia. b) Produciendo este senadoconsulto segun el segundo axioma, solo escepcion, y no accion, se sigue de alli, (h) que ni el padre ni el hijo tiene la condicion *indebiti* (de lo indebido) si paga. *L.* 40. *ff. de cond. ind. L.* 10. *ff. de senadoconsulto maced.* La razon es clara, pues (A) la condicion *indebiti* no tiene lugar si el que paga debia naturalmente. § 989. 4. Y ninguno de sano juicio dudará que debia naturalmente el hijo que habia tomado dinero prestado.

En seguida (B) hay lugar á la condicion *indebiti* cuando se ha pagado por error de hecho, §. 987. Mas el padre y el hijo que omiten la escepcion del senadoconsulto macedoniano, pagan, no por error de hecho, sino de derecho; por tanto no se les socorre, §. 988. 2. (C) Ultimamente, cesando esta escepcion segun el tercer axioma, si el contrato no es mútuo, ó no se ha prestado dinero, con razon inferimos de alli, (i) que no puede oponerse esta escepcion si se ha prestado el dinero para cosas útiles y de un modo legítimo. *L. 7. §. 13. ff. de senadoconsulto maced.* Pues entonces se entiende que se ha invertido el dinero en utilidad del padre. (j) Ni tiene lugar la escepcion si no se ha prestado dinero, sino libros ú otra cosa, á no ser que haya sido en fraude del senadoconsulto. *L. 7. §. 3. ff. eod.* Pues á la verdad, si uno entrega libros al hijo de familias, que le pedia dinero, para que los venda, se entiende que lo hace en fraude de la ley. *L. 30. ff. de ll. l. 6. §. 1. ff. de V. S.* Y lo que se hace contra las leyes es nulo, *l. 5. c. de ll.*

TITULO VIII.

De las acciones noxales.

§. MCCXXVIII. — MCCXXXII.

Las acciones esplicadas en el título anterior nacen de los contratos de los hijos de familia ó siervos; siguen las acciones que dimanan de sus delitos, las que se llaman *noxales.* Antiguamente

se llamaban acciones *noxales*, bien causen daño delinquiendo el hijo ó hija de familia, ó los siervos, §. 138. 3. §. 7. *Inst. h. t.* Pero en el dia, despues que Justiniano prohibió que se diesen en *noxa* á los hijos é hijas de familias, solo tienen lugar estas acciones en los delitos de los siervos. Veremos pues ahora 1) la naturaleza de las acciones noxales, §. 1233 y sig: 2) contra quienes se conceden, §. 1234.

Dícense acciones *noxales* de la palabra *noxia*: *noxia* es el daño que causa el siervo por algun delito, §. 1080. Y *noxa* se llama el siervo que causó el daño §. 1. *Inst. h. t.*, aunque muchas veces se usen promiscuamente estos vocablos. Es pues *accion noxal* la que entablan los que han sufrido daño del siervo, contra cualquiera poseedor del siervo, y á veces alternativamente, ó para que resarza el daño, ó se entregue el siervo en *noxa*; esto es, se entrega al perjudicado para su satisfaccion, *pr. Inst. h. t.* Por tanto la naturaleza de estas acciones es, 1) que son de cualidad *adjecticia*, y comprenden en sí tantas especies cuantos son los delitos ó cuasi delitos. Si pues el siervo comete hurto, se da la *accion noxal de hurto*; si injuria, la *accion noxal de injuria*; si hizo daño derramando ó arrojando, *la acion noxal de efusis et dejectis.* 2) Que esta accion es *in rem scripta.* §. 1146. Pues la *noxa* sigue al autor, §. 5. *Inst. h. t.* Y de aqui es, que es reconvenido *noxaliter* el que posee el siervo al tiempo de la contestacion del pleito. Si se ha dado libertad al siervo, no es reconvenido *noxaliter*, sino directamente por el delito que cometió. *L.* 15. *ff. de cond. furti.* Si

muere, espira la accion, porque falta el autor á quien pueda perseguir la *noxa*.

§. MCCXXXIII.

De esta descripcion pues se manifiesta claramente contra quien se conceden estas acciones. A saber, contra el dueño. Pues parecia justo á los decenviros que adquiriendo el dueño todas las cosas por medio del siervo, sufriese tambien el daño que este causase. Sin embargo, como podia suceder que la pena escediese el precio del mismo siervo, quisieron conceder al dueño el arbitrio, ó de resarcir el daño, ó de dar el siervo en *noxa*. Lo que pareció tan equitativo á Puffendorf, que juzga se deriva esta accion del derecho natural. Mas se pregunta: se da tambien contra el padre por delito del hijo de familias? Poco antes negamos que pueda hacerse por derecho moderno, aunque por derecho antiguo no cabe la menor duda. Qué sucede pues si en el dia falta el hijo de familias? Resp. Entonces es reconvenido él mismo y condenado por el delito. Y si no tiene con que pagar, hecha la condenacion, se da contra el padre la accion *judicati de peculio*, para que resarza el daño en cuanto alcance el peculio. *L.* 3. §. 11. *ff. de pecul.* Podria oponerse que la accion de peculio no se concede en el delito, *l.* 58. *ff. de reg. jur.* Pero ya dimos la respuesta en la *not.* §. 1119.

§. MCCXXXIV.....

TITULO IX.

De los menoscabos causados por las bestias.

§. MCCXXXV. — MCCXXXVIII.

Ultimamente siguen las acciones que provienen del daño causado por nuestros ganados ó animales. De las que se numeran aqui tres: 1) la accion de *pauperie*, 1235. 1238.: 2) la accion de *pastu pecorum*, §. 1239.: 3) la accion *edilicia de bestia justa viam*, §. 1241 y sig.

I. Llámase accion de *pauperie*, porque *pauperies* es cualquier daño causado por un animal, §. 1080., con tal que haga el daño contra la naturaleza de su especie, *pr. Inst. l.* 1. §. 4. *ff. h. t.* Asi, por ejemplo, no todos los caballos dan coces, ni todos los bueyes dan cornadas: por tanto, si un caballo dando una coz, ó un buey una cornada hiciesen daño, seria contra la naturaleza de su especie, y consiguientemente tendria lugar la accion de *pauperie.* Ni tampoco esto es bastante, sino que ademas se requiere que la bestia causase el daño voluntariamente y no instigada. Pues si el mismo dañado la irritó, no puede pedir ninguna satisfaccion; si otro la instigó, tendrá contra el instigador la accion de la l. Aquilia, *l.* 1. §. 4. *ff. h. t.*; mas si causó el daño por su voluntad, compete la accion de *pauperie*, y tambien tiene origen en las XII tab. Se concede al dañado ó á aquel á quien le interese, contra cualquier poseedor de la bestia (pues tambien esta accion es *in rem scripta*, §. 1146. *), para que resarza el daño

ó dé la bestia en *noxa* (para satisfaccion del ofendido), *l. 1. pr. l. 3. ff h. t. pr. Inst. eod.* Luego tambien esta accion a) es *noxal*, porque obra alternativamente, y ademas b) tiene la cualidad de que si uno niega que es suyo el animal ó le posee, está obligado *in solidum* (por el todo), y por tanto no se le admite la dacion en *noxa*, *l. 1. §. 15. ff. h. t.*

§. MCCXXXIX.

2. La otra accion es del pasto de los ganados, que se diferenciaba solamente de la anterior, en que esta tenia lugar si la bestia causaba daño, no contra la naturaleza de su espicie, sino conforme á ella; por ejemplo, si un buey pacia un campo, pues esto suelen hacerlo todos los bueyes. Por lo demas, en cuanto al efecto parece no habia ninguna diferencia entre esta accion y la anterior. Porque tambien era noxal, y de aqui es que debia resarcirse el daño ó entregarse la bestia en *noxa*, segun aparece de Paulo. *Recept. Sent. L.* 15. 1. Pero ya en el tiempo de Justiniano tenia esta accion poco ó ningun uso, como se manifiesta de no hacerse en las pandectas apenas mencion de ella, *l. 14. §. ult. ff. præsc. verb.*

§. MCCXL.

3. La tercera accion es la *edilicia*, establecida contra aquellos que colocan en algun parage de la ciudad por donde suele pasearse, perro, castron, jabalí, leon ú otra bestia feroz. Entonces, ó era es-

timable el daño causado, ó inestimable por haber sido muerto ó herido un hombre libre. En el primer caso se concedia al ofendido la accion *in duplum*; en el último, si habia sido muerto un hombre libre, en 200 aureos; si habia sido herido en tanto cuanto el juez creyese justo, apreciados los gastos de la cura, los trabajos cesantes y demas daños. De lo que trata prolijamente el edicto edilicio, *l.* 42. *ff. D. edict. ædilitio.* Por lo demas no es de estrañar que los ediles estableciesen semejante edicto, porque estaban bajo su cuidado los caminos públicos dentro de la ciudad. (Véanse *nuestr. pand. n. P. I. y* §. 72.)

§. MCCXLI. — MCCXLIII....

TITULO X.

De aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio.

§. MCCXLIV. — MCCXLVII.

Concluimos tambien la sesta division de las acciones. Sigue la *sétima*: unas acciones pueden entablarse ó responderse por procuradores; otras no pueden. Por ejemplo; la accion criminal de injurias no admite procurador, ni por parte del actor, ni por parte del reo. Pero las acciones civiles los permiten. Con esta ocasion pues se trata de los procuradores: 1) como pueden ser admitidos salvando los principios del derecho, §. 1244. 1247.

2) Que es procurador, y que se ha establecido acerca de ellos, §. 1248. 1251.

I. No sin razon se pregunta como pueden ser admitidos procuradores salvando los principios de derecho, pues al principio prohibian los romanos que pudiesen litigar en el foro los procuradores en lugar de otros, porque 1) todas las acciones eran acciones de la ley, §. 69.; esto es, negocios que debian declararse por el magistrado solemnemente y con las fórmulas prescriptas, *l.* 2. §. 6. *ff. De orig. jur.*. y era de la naturaleza de todas las acciones de la ley y actos legítimos el no admitir dia ni condicion, ni procurador, sino que debian de tratarse por propia persona (§. 70.), *l.* 77. *l.* 123. *ff. De Reg. Jur.* 2) Por la contestacion del pleito se obligaba al reo en virtud de causi contrato á pagar lo juzgado. Es asi que ninguno podia obligarse por otro, ó estipular para otro (§. 833. 5. 6.), §. 4. *Inst. De inutil. stipul.*; luego tampoco el procurador. 3) Ninguno podia adquirir para otro no estando sujeto á su potestad (§. 482.), §. 5. *Inst. per quas per. cuique adquir.* Es asi que el procurador debia adquirir el lucro de la sentencia favorable, no para sí, sino para el dueño constituyente; luego por estas razones habia antiguamente la regla general que ninguno pudiese entablar por otro accion ó escepcion. Poquísimas eran las escepciones, admitiéndose por el pueblo el *síndico*, por la libertad, á saber, si se disputaba si uno era siervo ó libre; el *defensor* (*assertor*), por el pupilo el *tutor*; y por la ley hostilia el procurador de aquel que estaba ausente por causa de la república, ó entre los ene-

migos, si quisiesen reconvenirle por la accion de hurto. No pudiendo pues algunos de estos presentarse en juicio, como el pueblo, el cautivo, ausente por causa de la república, ó no teniendo persona para asistir á juicio, como el siervo, aquel sobre cuyo estado se duda, y el pupilo, la misma necesidad exigia que se admitiesen por ellos procuradores, *pr. Inst. h. t.* Empero siendo muy molesto que todos sin distincion tuviesen que presentarse en juicio, los antiguos jurisconsultos meditaron un principio, por el que, salvas las reglas de derecho, pudiesen ser admitidos los procuradores. A saber; fingian que el procurador no era un nuevo mandatario que litigaba á nombre de otro, sino que se hacia *dueño del pleito*, *l. 4. §. 3. ff. de alien. jud. muti causs. l. 22. l. 23. C. de procurat.* Aquel *dominio del pleito* se trasferia por el mandato, que se consideraba como título; pero se adquiria por el procurador por medio de la contestacion del pleito, *l. 1. pr. ff. de proc. junct. l. 4. §. ult. de adpell.* El dueño encargaba al procurador que ocupase este dominio, y el procurador le ocupaba contestando el pleito. Hecho esto, todo se obraba contra el procurador, él afianzaba, contra él se daba la sentencia, y contra él se concedia la accion *judicati* (de lo juzgado); aunque la eludia y trasferia contra el dueño ó mandante por aquella escepcion de la *l. 26. de procur.*; cuya ley pocos han entendido bien.

§. MCCXLVIII.—MCCLII.

II. Mas qué es el procurador? y que se ha

establecido acerca de ellos? *Procurador es aqui* el que toma ó administra negocios judiciales ó pleitos agenos por mandato del dueño, *l.* 33. *pr.* §. 1. *ff. de procur.* Digo que *aqui* debe definirse asi, porque si uno lo hace sin ningun mandato, no es procurador, sino *defensor*, el cual solamente se admite por el reo, no por el actor, y no de otro modo que afianzando de estar á lo juzgado, *l.* 35. §. 3. *l.* 46. §. 2. *l.* 51 *ff. de procur.* De esta definicion se manifiesta: 1) quien constituye procuradores. A saber; a) el dueño, y b) aquel dueño ciertamente que tiene la libre facultad de administrar sus cosas. La razon es, porque se traslada al procurador el dominio del pleito, §. 1247. El que traslada el dominio de sus cosas, enagena; y el que enagena debe ser dueño y tener la libre facultad de administrar sus cosas. De donde se manifiesta por que los furiosos, pródigos, niños, pupilos sin autoridad del tutor, y ni aun los tutores mismos puedan dar por sí procuradores. Pues este no es dueño, y por tanto solo puede nombrar un *actor* á su riesgo, §. 277. §. *ult. Inst. de curat.* De la misma definicion sabemos: 2) quienes pueden ser procuradores. A saber; todo el que es idóneo para tomar y administrar los pleitos agenos; mas no el furioso, niño, muger, menor de 17 años de edad (pues este año habian fijado los romanos, porque poco antes solian vestir los jóvenes la toga viril, *l.* 13. *ff. de manum. vind.* §. 5. *Inst. qui et ex quibus causs.*), siervo, infame, ni militar, porque obteniendo esta procuracion no se separe de las banderas, *l.* 8. §. 2. *ff. de proc.*, á no ser que acaso quiera tomar la causa

de su cohorte, *l.* 8. §. 2. *l.* 54. *ff. l.* 7. *l.* 13. *C. de proc.* En cuanto á los infames, es en verdad muy cierto por la *l.* 6. *C. de proc.*, y aunque parece lo contradice el §. *ult. Inst. de excepto*, en que Justiniano deroga espresamente la escepcion de infamia que se objete al procurador, es fácil la respuesta si atendemos á las palabras de este §.: *Ne, dum de iis altercatur, ipsius negotii disceptatio protéletur.* (*Porque no se dilate la disputa principal mientras se ventila el artículo de las escepciones.*) Cesa pues esta escepcion de infamia si no es clara, y si hubiera de originarse en el juicio una disputa prolija acerca de ella. Mas cuando es tan manifiesta y notoria que no sea necesaria controversia, bien puede en el dia oponerse; por ejemplo, si el condenado por hurto quisiese hacer de procurador. De la misma definicion aparece, 3) en que casos se admiten procuradores. A saber; en todos aquellos en que puede uno representar la persona de otro. (Véanse *n. Pand. P. I.* §. 431.) A la verdad puedo representar la persona de otro en las cosas civiles. Pues nada impide que uno pague por otro (§. 999.), *l.* 23. *l.* 40. *l.* 53. *ff. de solut.* Mas no puedo representar la persona de otro en las causas criminales. No por parte del acusador, porque este debia escribir su nombre, para que se le aplicase pena si no probaba el delito al reo. Ni por parte del acusado, porque ninguno puede ser ahorcado, degollado, ni magullado con rueda por otro. Por tanto en estas causas criminales no es admitido procurador, á no ser que amenace la pena que pueda imponerse al ausente; por ejemplo, la relegacion, *ff.* 10.

ff. de publ. jud. l. 33. §. 3. *ff. de proc.* Ultimamente, 4) de la misma definicion se manifiesta cuando cesa por derecho romano el oficio de procurador. Es por los mismos modos porque cesa el dominio; como a) por el mútuo disentimiento estando todavía íntegro el negocio: b) por la revocacion del dominio, pero antes de la contestacion del pleito. Pues en uno y otro caso todavía no es dueño el procurador. c) Por la renuncia del procurador en tiempo oportuno y no perjudicando al dueño, §. 11. *Inst. h. t.* Pues cada uno puede abdicar su dominio con tal que no lo haga en detrimento de otro. Mas no por la muerte de alguno, porque pasa el dominio á los herederos. §. 10. *Inst. h. t.*

§. MCCLIII....

TITULO XI.

De las cauciones.

§. MCCLIV. — MCCLVI.

Vimos en el título anterior que el procurador como dueño del pleito, tenia á veces que afianzar ó prestar caucion. Por esto al título *de aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio*, se añade el título *de las cauciones*. Acerca de estas se pregunta: 1) que es caucion y de cuantas maneras. §. 1255. 1256.: 2) quienes por derecho romano estan obligados á prestar caucion en juicio, §. 1257. 1260.

I. Ya en el §. 279. hemos ocupado casi un

título en que se ha tratado de la *fianza ó caucion de los tutores ó curadores*; que sea caucion, y de cuantas maneras. A saber; *caucion* es un acto por el que se presta una seguridad al contrario. Interesando á la república que los juicios no sean ilusorios, y por otra parte, siendo propio de los reos el fugarse, hecho lo cual, podria suceder que fuese infructuosa la condenacion, no quedando al actor mas arbitrio que llorarlo; de aqui es que nada hay mas justo que el que en los juicios preste el uno al otro caucion ó seguridad. Esta es de cuatro maneras: 1) *fideijusoria*, que se hace dando fiadores idóneos y ricos, esto es, que tengan para pagar, y fácilmente puedan ser reconvenidos, *l.* 2. *pr. ff. qui satisd. cog.* 2) *Pignoraticia*, que se presta depositando prendas; y estas dos se llaman en nuestras leyes *cauciones idóneas*, *l.* 59. §. *ult. ff. mand. l.* 4. §. 8. *de fidejuc. lib.*, asi como la primera se llama en especie *satisdatio*, *l.* 1. *ff. qui satisd. cog.* 3) *Juratoria*, la que se da prestando juramento, y á la que solo son admitidos los varones honrados y de buena fama: y 4) la *meramente promisoria*, la que se hace por la promesa con estipulacion por los que poseen bienes raices, y tambien por el fisco y república, *l.* 1. §. 18. *l.* 6. §. 1. *ff. ut legat. vel fiedejc.*, segun la opinion vulgar. Pero segun nuestro derecho tambien los poseedores de cosas raices debian jurar, como demostramos en nuestras *Pandectas l.* 1. §. 302., y antes que nosotros Cujac. *Obs. XII.* 22. Noodt. *ad Pand. Tom. II. Opp. p.* 59. y Schultingio *Pand. h. t.*

§. MCCLVII. _ MCCLX.

II. Si se pregunta quienes estan obligados á prestar caucion, podemos fácilmente responder, si tratamos separadamente de cada uno de los litigantes. 1) El *reo* por derecho justiniáneo presta la caucion de *judicio sisti* (de presentarse en juicio), que antiguamente se llamaba *vadimonium*, antes que Justiniano borrase este vocablo de todas las leyes, á no ser lo que todavía resta en la *l. ult. c. de castr. et ministerian.* Véase Salamas, *de modo usurar. c.* 16. En seguida tenia tambien que afianzar el reo que permaneceria en juicio hasta el fin del pleito, y que no eludiria aquel con la ausencia, §. 2. *Inst. h. t.* 2) El *actor* afianzaba igualmente por tres razones, 1) que contestará el pleito dentro de dos meses desde que presentó la demanda; 2) que proseguiria el pleito hasta su fin; y 3) que entregaria la décima parte de la suma comprendida en la demanda, por razon de gastos, si socumbiese. *Nov.* 96. *c. l.* 3. El *procurador del negocio* ó toma pleito de uno presente, ó de un ausente. Si del presente, entonces no afianza él, sino su dueño presente por él. Si de ausente, no será admitido el procurador, á no ser que él mismo prestase caucion. Y en uno y otro caso presta caucion de pagar lo juzgado, esto es, que el condenado quiera pagar todo aquello en lo que sea condenado, §. 5. *Inst. h. t.* 4) El *procurador del actor* ó no tiene mandato ni verdadero ni presunto, ó tiene ciertamente mandato; pero solo presunto, ó imperfecto, ó defec-

tuoso; ó ultimamente está provisto de un mandato verdadero y perfecto. Si no está adornado de ningun mandato, no es admitido, aunque quiera afianzar. *l.* 1 *l.* 24. *c. de procur.* Si tiene mandato presunto, por ejemplo, si el marido comparece por la muger; ó defectuoto, por ejemplo, si se ha omitido el sello ó nombre del negocio, entonces presta caucion *de que el dueño ratificará sus procedimientos* (*Rem Ratam Habitarum Dominum*), §. 3. *Inst. h. t.* Si exhibe en juicio un verdadero y perfecto mandato, está exento de toda caucion, *l.* 1. *c. de procur.* Este era el orden de prestar caucion por derecho civil, pero tan diversa en varias provincias, que últimamente Justiniano estableció por ley, §. 7. *Inst. h. t.*, que todas las provincias de la ciudad régia, esto es, Constantinopla ó Roma siguiesen sus nuevas costumbres.

§. MCCLXI. MCCLXII....

TITULO XII.

De las acciones perpetuas y temporales, y de las que pasan á los herederos y contra los herederos.

§. MCCLXIII. MCCLXIV.

Restan la octava y novena division de las acciones. Unas son *perpetuas*, otras *temporales*: ademas, unas pasan *á los herederos* y *contra los herederos*, otras ni á los *herederos ni contra los herederos*. Este asunto, á la verdad muy impor-

tante, se trata con este orden: 1) definimos las acciones perpetuas y temporales, §. 1263 y sig.: 2) proponemos cuatro reglas, por donde se conocerá que acciones son perpetuas, cuales temporales, §. 1265. 1272.: 3) añadimos tres reglas de las acciones, que se dan á los herederos, y contra los herederos, y cuales no se dan, §. 1273. 1275.

I. Llamábanse antiguamente acciones *perpetuas* las que no espiraban en ningun tiempo, y tales eran todas las que nacian de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes. Mas por derecho nuevo se llaman asi las acciones que no se destruyen, sino por la prescripcion de muy largo tiempo, esto es, de treinta ó mas años, *l. 3. c. de præscr. 30. annorum. Temporales* al contrario, son las que espiran por breve espacio de tiempo, por ejemplo, por uno, dos, cuatro años, y aun por algunos meses. Y tales eran antiguamente todas las pretorias, que no duraban sino un año, porque el mismo imperio del pretor no era sino de un año, *pr. Inst. h. t.* Y no es ageno de razon legal que se acaben las acciones por la prescripcion de ciertos años. Pues las acciones son cosas incorporales, las cosas incorporales estan en nuestros bienes, §. 388.: lo que está en nuestros bienes se pierde por la prescripcion de ciertos años; luego tambien las acciones se acaban por la prescripcion de ciertos años, que era L. Q. D. D.

§. MCCLXV.—MCCLXXII.

II. Ahora siguen cuatro reglas, por las que puede conocerse que acciones son perpetuas y cuales temporales. Primera regla. *Las acciones reales duran tanto como el mismo derecho in re, de donde nacen.* Esto es, si se trata de cosa mueble por accion real, se entablará dentro de tres años, si de raiz, dentro de diez si estan presentes los litigantes, y si estan ausentes dentro de veinte. Pues en otro caso se usucape la cosa, y conseguida la usucapion no me queda ningun derecho para obrar, §. 445. Tiene lugar esta regla en la *accion vindicatoria de la cosa*, *publiciana*, *confesoria* y *negatoria*; y aun en las acciones *in rem scriptæ*, que dijimos imitaban á las reales. Solo hay tres escepciones. 1) En la accion hipotecaria, la cual, si el mismo deudor posee la hipoteca, se acaba á los cuarenta años; si la posee un tercero de buena fe, á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes; si la posee un tercero de mala fe, á los treinta años, *l.* 1. 2. *c. si adv. cred. l.* 7. *pr. c. de præsc.* 30. *ann.* 2) En la peticion de la herencia, la cual siendo de naturaleza mistas, y derivándose tanto del derecho *in re* como *ad rem*, imita las acciones personales, y dura treinta años, *l.* 7. *c. de hered. pet.* 3) La accion ó queja del testamento inoficioso: la cual por ser odiosa, §. 584., espira á los cinco años, *l.* 8. §. *ult. l.* 34. *ff. de inoff. test.* Regla segunda. *Las acciones personales persecutorias de la cosa, civiles y pretorias, duran treinta años.* Es tan general

esta regla, que de tantas acciones personales casi sin número, solo se esceptuan tres especies. a) La accion de servidumbre prometida, todavía no cuasi entregada. Esta accion es personal por lo estipulado, y sin embargo dura solo diez años entre presentes y veinte entre ausentes, *l. pen. 6. de usufr. l. 13. c. de serv.* b) Las acciones de ciudades, iglesias, fisco, que por privilegio duran cuarenta años, §. 451. Y c) las acciones que rescinden algun acto, las cuales todas son temporales y espiran por breve espacio de tiempo. Regla tercera. *Todas las acciones penales civiles de delitos privados son perpetuas; las pretorias son ánuas.* Pues aunque entre las acciones persecutorias, civiles y pretorias no hay ninguna diferencia, §. 1270., las penales, sin embargo, por ser odiosas si dimanan del pretor, conforme á lo dispuesto antiguamente, quedaron ánuas. Se esceptuan ciertamente algunas acciones pretorias; á saber, (a) *de hurto manifiesto*, la cual es perpetua, porque la misma accion trae origen de las leyes de las XII tablas, y solo la pena del duplo fue introducida por el pretor, *pr. Inst. h. t.* (b) *La accion in factum* contra los capitanes de barcos, venteros ó mesoneros, es igualmente perpetua, aunque proviene de delito, *l. ult. §. 6. ff. naut. caup. stabat.* (c) *La accion de depósito miserable*, que aunque sea mista, y se conceda en el duplo por el edicto del pretor, no obstante es perpetua, *l. 18. ff. de pos. aquæ.*, (d) *la accion del siervo corrompido*, *l. 13. ff. de serv. corr.*, y (e) *la accion de effusis et dejectis* (*de lo derramado y arrojado*), la cual es per-

petua, á no ser en un caso, si se ha muerto un hombre libre, que entonces dura un año, *l.* 3. §. 5. *ff. de his qui eff. vel deject.* Mas estas mismas tres acciones fueron á la verdad civiles. Pues el que deba pagar el duplo el que niega el depósito, lo establecian las leyes de las XII tablas. *Coll. LL. Mos. et Rom. x.* 6. Del siervo corrompido lo habia dispuesto la ley Aquilia, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *ff. de serv. corr.* Y tambien acerca de lo derramado y arrojado la *l.* 31. *ff. ad leg. Aquil.* Y el pretor solo corrigió en parte estas leyes; por cuya razon conservarán estas acciones la naturaleza de las acciones civiles, y quedarán perpetuas. Ultimamente, (f) se esceptua tambien la *accion de dolo*, la cual es de dos años, porque se considera muy odiosa, *l. ult. c. de dolo malo.* Regla cuarta. *Las acusaciones criminales duran veinte años.* Se esceptuan pocos casos. a) Si se continua el crimen. Pues cómo opondrá la prescripcion de veinte años quien ejerció durante los veinte años el oficio de robar? *L.* 4. *c. de apost.* b) Los delitos carnales como adulterio, estupro y c) el crimen de peculado, y tambien la persecucion del scto. silaniano, que solo duran cinco años, *l.* 29. §. 5. *ff. ad l. Jul. de adult. l.* 7. *ff. ad l. Jul. de pec. l.* 13. *ff. ad SC. silanian.* Del crimen de peculado hablaremos abajo, §. 1366. Y el senadoconsulto silaniano era atrocísimo. Pues si el testador fuese muerto en su casa, no se abria el testamento, á no ser que todos los siervos que se hallaban bajo del mismo techo fuesen atormentados cruelmente, y hasta que sufriesen suplicio

los que hubiesen sido reos de este homicidio. Véase el *tit. ff. de SC. silan. et claudian.*

§. MCCLXXIII._MCCLXXV.

Siguen tres reglas por las que se juzgará que accion se da á los herederos, y contra los herederos, y cual no. Regla primera. *Todas las acciones tanto persecutorias de la cosa, como penales, se dan á los herederos, á no estar dirigidas solo á la venganza, ó no interesando especialmente al actor.* La razon es fácil: a) lo que falta al difunto tambien le falta al heredero; luego tambien reclama este lo que el difunto podia exigir. b) El heredero pasa á todos los derechos del difunto, §. 534. Luego lo que se debia al difunto, ó por derecho *in re*, ó por derecho *ad rem*, tambien se debe al heredero. Mas se esceptuan las acciones dirigidas solamente á la venganza, por ejemplo, la accion de injurias y otras referidas en el §. 1373., porque á la verdad no pedimos por ellas lo que nos falta de nuestro patrimonio, y por tanto tampoco interesan á los herederos. Y se esceptuan las acciones populares, *l.* 5 §. 5. *de his qui effud.*; porque cuando obra cualquiera del pueblo, ninguno tiene derecho propio de obrar que pueda trasmitir á los herederos. Regla segunda. *Todas las acciones persecutorias de la cosa, aunque nazcan de delito, se dan contra los herederos.* Duirsema *Conj. Jur. l.* 1. *c.* 7. *p.* 110 *y sig.* niega lo último; á saber, que las acciones persecutorias de la cosa, nacidas de delito, se den contra los he-

rederos. Pero falsamente; a) pues qué cosa mas cierta que el que se conceden contra los herederos la condicion furtiva, y la accion *rerum amotarum*? En verdad niega Duirsema que nazcan de delito. Mas con el mismo trabajo negará que dos veces dos son cuatro. b) Manifiestamente se opone al Sr. Duirsema el §. 9. *Inst. de l. Aquil.* en que dice el emperador que la accion de la ley Aquilia debe darse contra los herederos, si fuese meramente persecutoria de la cosa; mas por dirigirse despues á la pena, con razon no se concede á los herederos; esta dificultad no pudo disolverla ni el mismo ilustre autor. Regla tercera. *Las acciones penales, ya provengan de delito, ya de contrato* (p. e. del depósito miserable), *se dan á los herederos, mas no contra los herederos, á no ser que hayan sido contestadas por el difunto.* Fúndase la regla en que las penas son personales, y debe obligar á los autores del delito, y no á los herederos inocentes, *l.* 26. *ff de poen.*; y la razon de la escepcion es porque la contestacion del pleito es una especie de novacion; y por tanto, si el difunto ha contestado el pleito, paga el heredero la multa, no por delito, sino por cuasi contrato, §. 1019. Por tanto, contestado el pleito, siempre pasan las acciones penales á los herederos, *l.* 58. *ff. de obl. et act.*

TITULO XIII.

De las escepciones.

§. MCCLXXVI. MCCLXXVII.

Concluimos la materia de las acciones. Mas asi como el actor entabla su accion, asi es propio del reo defenderse contra la intencion del actor. Y esta defensa se hace, ó negando, por ejemplo: *digo que me debes ciento*: *niego que debo ciento*; ó confesando la causa de pedir, mas eludiéndola con alguna escepcion; por ejemplo: *digo que me debes ciento*: *lo confieso*, *pero opongo la escepcion del senadoconsulto macedoniano*, *porque era hijo de familia.* Y de estas escepciones tratamos ahora, considerando 1) que es escepcion, §. 1277.: 2) de cuantas maneras, §. 1278. 1280.: 3) como deben oponerse en juicio, §. 1281. y sig.

I. Escepcion es la esclusion que atendida la equidad se hace de la accion que compete por derecho estricto, *pr. Inst. h. t.* A saber; entonces digo que hay escepcion cuando la accion vale ciertamente por derecho estricto y debe tener efecto; pero no obstante la equidad la rescinde. Asi dijimos arriba, que la voluntad forzada era tambien voluntad por derecho estricto, mas la equidad manda que se invalide la promesa hecha por fuerza y miedo; por tanto se concede la escepcion *quod metus caussa.* Asi tambien observamos que por derecho estricto se obliga el hijo de familias en todo contrato, y por tanto en el mútuo; mas

no obstante la equidad y el favor de los padres elude esta obligacion del mútuo, concediendo la escepcion del *senadoconsulto macedoniano.* Propiamente pues no son escepciones las que quitan la obligacion *ipso jure*; por ejemplo, la *paga*, *compensacion.* Pero los pragmáticos toman latamente la palabra escepcion, y aquellas alegaciones por las que se escluye la accion atendida la equidad las llaman *escepciones de derecho*, y aquellas por las que *ipso jure* se destruye la accion, las denominan escepciones *de hecho* (*exceptiones facti.*)

§. MCCLXXVIII._MCCLXXX.

II. Siguen ahora varias divisiones de las escepciones. 1) Pues unas son *civiles*, que nacen de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes; por ejemplo, la escepcion de *non num. pec.* (del dinero no contado) *del senadoconsulto macedoniano*, *veleyano.* Otras *pretorias*, que dimanan del edicto del pretor; por ejemplo, las escepciones *quod metus caussa*, *de dolo malo*, *de pacto*, *de juramento*; pero no diferenciándose estas acciones en el efecto, no es de grande importancia esta division. Pues aunque las acciones civiles son perpetuas, y algunas pretorias temporales, no se observa esta diferencia en las escepciones. Porque si está en mi potestad obrar cuando quiera, no asi oponer la escepcion. Por tanto, todas las escepciones son perpetuas, escepto la escepcion *non num. pec.*, la cual espira á los dos años, §. 844. 2. aunque civil, §. *un. Inst. de Litt. obl.* 2) Las escepciones son *perpetuas* ó

perentorias, y *dilatorias* ó *temporales*. Las perpetuas ó perentorias destruyen la accion é intencion del actor, y la eluden para siempre; por ejemplo, si al acreedor se opone la escepcion del senadoconsulto macedoniano, *quod metus caussa*, *de dolo malo*, se escluiria su accion para siempre, y por tanto estas acciones son perentorias. Mas dilatorias ó temporales se llaman las que solamente difieren las acciones hasta cierto tiempo, y suspenden su efecto, y no las que las escluyen por siempre; por ejemplo, si opongo á mi actor la escepcion de no haber prestado caucion (*cautionis non præstitæ*) se suspende á la verdad el efecto de la accion hasta que se haya prestado la caucion, mas no por eso se destruye; luego esta escepcion es dilatoria. Es muy recomendable el folleto de Q. Septimio Rivino, titulado *Specimen exceptionum forensium*. 3) Ciertas escepciones son *in rem* (reales), que aprovechan á los herederos y sucesores, cuales son la mayor parte; algunas *in personam* (personales) que estriban en privilegio personal, y por consiguiente espiran con la persona; por ejemplo, la escepcion del *beneficio de competencia*. Pues este solamente se ha dado á ciertas personas, como vimos en el §. 1119 y sig.

§. MCCLXXXI. _ MCCLXXXII.

III. Resta decir cuando han de oponerse las escepciones en el juicio. Lo que se comprende en dos reglas: las *escepciones dilatorias deben oponerse antes de la contestacion del pleito*, *l. pen. l. ult. B. de exc.* Esceptúanse (a) las escepciones que cam-

bian lo anulado en el juicio; por ejemplo, la legitimacion de la persona del procurador. (b) Las que nacen de algun hecho posterior; por ejemplo, la escepcion de caucion despues que el actor vendió sus bienes raices. Estas se oponen en cualquiera parte del juicio. *L.* 14. *ff. h. t.* (c) Las escepciones privilegiadas, del juez incompetente, del beneficio de competencia, de cesion de acciones; las cuales se oponen tambien en la ejecucion. *L. ult. C. Si à non comp. jud. l.* 41. *ff. de fideju. l.* 41. §. 1. *ff. de fidejus.* 2. Reg. *Las escepciones perentorias pueden oponerse en los juicios de buena fe en cualquier parte del juicio; en las acciones de derecho estricto han de alegarse antes de la contestacion del pleito, y probarse despues, l.* 8. *c. h. t. l.* 9. *ff. de præscript. long. temp.* Pero en el dia todas indistintamente se han de alegar al tiempo de la contestacion del pleito y probarlas despues, á no ser (a) las que impiden la entrada en el pleito; cuales son las que pueden probarse incontinenti; (b) las privilegiadas, como la escepcion del senadoconsulto macedoniano y veleyano, de las cuales estas pueden oponerse tambien antes de la contestacion, y aquellas en la misma ejecucion, *l.* 11. *ff. ad sct. veley.*

TITULO XIV.

De las réplicas.

§. MCCLXXXIII. — MCCLXXXV.

Asi como el reo elude la intencion del actor con la escepcion, §. 1276., asi el actor intenta con la *réplica* escluir la escepcion del reo, que este segunda vez trata de apoyar con la *contraréplica*. Por tanto, réplica es la nueva alegacion del actor por la que elude la escepcion del reo; contraréplica es la nueva alegacion del reo, por la que intenta escluir la réplica del actor; por ejemplo: la accion es: *tú me debes ciento de mútuo*; escepcion del reo: *era hijo de familias; y por tanto te se opone la escepcion del senadoconsulto macedoniano.* Réplica del actor: *es asi que contrajiste por orden de tu padre.* Contraréplica del reo: *niego que lo ordenase mi padre.* Aqui vemos claramente como la primera alegacion se elude siempre y debilita por la posterior: á veces se conceden á los litigantes muchas alegaciones; á saber, *tercera contestacion*, *cuarta*, *quinta*, *sesta*; pero cuando se conceden muchas, son mas defectuosos los juicios. Pues qué necesidad hay de repetir lo que ya se ha dicho? por lo demas han de observarse estas reglas. (a) Escepcionando, el reo se hace actor; luego debe probar la escepcion, exhibir los instrumentos &c.: b) al reo compete la última alegacion, pues se defiende, y por tanto su causa es mas favorable.

TITULO XV.

De los interdictos.

§. MCCLXXXVI. – MCCLXXXIX.

En los títulos anteriores esplicamos todas las acciones reales y personales, escepto los *interdictos*. No naciendo estos propiamente ni de derecho *ad rem*, ni de derecho *in re*, sino de la posesion; por esto reservó su esplicacion Justiniano para este lugar. Nosotros examinaremos, a) la naturaleza y origen de los interdictos, §. 1286. 1289.: b) varias divisiones de los mismos, §. 1290. 1291.: c) los interdictos de obtener la posesion, §. 1292. 1298.: d) los interdictos de retener la posesion, §. 1299. 1302.: e) el interdicto de recuperar la posesion, §. 1306. 1308.

I. En cuanto á la naturaleza y origen de los interdictos, dijimos que en ellos especialmente litigamos sobre la posesion, y en verdad no de la posesion *natural*, por la que detiene uno meramente la cosa, cual es la del arrendatario, depositario, comodatario; sino de la *civil*, que es la detencion de la cosa con ánimo de tenerla para sí, cual es la posesion del que la posee por justo título, como el de compra, donacion, legado &c., ú otras causas hábiles para transferir el dominio. Es esta posesion digna de que litiguen por ella los hombres? En verdad á ninguno da un derecho real y perpetuo, sino solo momentáneo, y que dura hasta que siga sentencia condenatoria. Sin embargo está admitido el proverbio

del derecho, *beati possidentes* (*dichosos los que poseen*). Y ciertamente es de grande importancia la posesion. Pues a) libra de la prueba, *l.* 28. *C. de rei vind.* b) Los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos consumidos, y solo restituyen los existentes, §. 377. c) Retienen la cosa hasta que por sentencia del juez la recupere otro, §. 4. *Inst. h. t.*: lo que trae grande utilidad en los paises en que los pleitos son inmortales. d) Los poseedores se defienden por propia autoridad si alguno intenta arrojarles por fuerza de la posesion; y e) si han sido echados por fuerza, arrojan segunda vez á los intrusados, *l.* 1. *C. unde vi*, *l.* 3. §. 9. *l.* 17. *ff. de vi et vi armata*; estando prohibida en los demas casos toda venganza privada, y no pudiendo ninguno hacerse justicia por sí mismo, *l.* 7. *C. unde vi l.* 13. *C. quod metus causs.* Ultimamente, f) en igual caso siempre es mejor la condicion del que posee, y en duda ha de sentenciarse á su favor, *l.* 125. *l.* 128. *ff. de R. J.* Tantas son las utilidades de los que poseen. Siempre pues que litigaban los hombres sobre la posesion, no permitia el pretor que durase mucho, sino que fuera de orden conocia brevemente de la causa, y con la breve fórmula *uti possidetis*, *ita possideatis*, decretaba quien debia de poseer ínterin se acababa el juicio petitorio. Por tanto en aquel tiempo los *interdictos eran fórmulas y palabras solemnes*, *por las que el pretor en las causas de posesion mandaba ó prohibia que se hiciese alguna cosa*. *pr. Inst. h. t.* Mas en el dia, despues que dejaron de usarse aquellos rodeos de fórmulas, podian definirse los interdictos, diciendo que son

unas acciones estraordinarias, *por las que se disputa breve y sumariamente sobre la verdadera posesion ó cuasi posesion*, *d. pr. y §. ult. Inst. h. t.* Hay ciertas causas de propiedad que se esplican del mismo modo por interdictos. Empero son muy pocas, como cuando hay miedo de armas, ó no sufren dilacion, atendida la salud pública, de las que se trata en las *ff. Lib. XLIII.*

§. MCCXC. _ MCCXCV.

II. Siguen varias divisiones de los interdictos. Pues 1) unos son *prohibitorios*, por los que impide el pretor hacer alguna cosa. Tales son los interdictos, *ne quid in loco sacro fiat*; *ne quid in loco vel itinere publico fiat*, *&c.* (*no se haga esto en lugar sagrado*; *no se haga esto en lugar ó camino público*). Otros *restitutorios*, por los que manda el pretor restituir algo, por ejemplo, el interdicto *unde vi*; por el cual manda el pretor que se restituye la posesion á aquel que fue arrojado de ella por fuerza. Otros últimamente son *exhibitorios*, por los que manda el pretor que se exhiba alguna cosa, ó que se produzca publicamente y se dé á ver; por ejemplo, si uno oculta testamento, dará el pretor el interdicto *de tabulis exhibendis* (*de exhibir el testamento*); si uno tiene hijos agenos ocultos de su padre, concederá á este el interdicto de *liberis exhibendis* (*de manifestar los hijos*). 2) Unos son interdictos *simples*, otros *dobles*; de los que se trata últimamente en el §. 1305. Pero estando ahora hablando de las divisiones de los interdictos, añadiremos esta: *sim-*

ples son aquellos en que solamente puede uno ser actor y reo; por ejemplo, en el interdicto *unde vi* es siempre actor el que ha sido arrojado por fuerza, y reo el que arrojó. Y *dobles* son aquellos en que cada uno puede ser actor y reo. Tales son los dos interdictos *uti possidetis* y *utrubi*. Pues siendo en estos casos dudosa la posesion, cualquiera podrá provocar al juicio. No obstante se considera actor el que provocó el primero; y si ambos hablaron á un tiempo, el que la suerte designe. 3) Unos interdictos son de *obtener la posesion* (*adipiscendæ possessionis*), por los que pedimos la posesion, que aun no teniamos: otros de *retener la posesion* (*retinendæ possessionis*), por los que tratamos de recuperar la posesion perdida, §. 2. 3. 4. *Inst. h. t.* Y esta es la principal division, por lo que trataremos de cada una de sus especies separadamente.

§. MCCXCVI. — MCCXCVIII.

III. Tres interdictos especialmente se han de tener presentes de *obtener la posesion*, de los que los dos primeros toman el nombre de las palabras con que empiezan los edictos, y el último del pretor que fue su autor. 1) El primero es el interdicto *quorum bonorum*, que se concede á aquel á quien el pretor dió la posesion de los bienes, ó al heredero pretorio, contra aquel que posee la herencia como heredero ó poseedor, para conseguir la posesion de la herencia, §. 3. *Inst. h. t.* Es pues semejante este interdicto á *la peticion de la herencia*, pero sin embargo no es la misma cosa.

Pues (a) la peticion de la herencia es un juicio petitorio; este interdicto posesorio. (b) Por aquella reclamamos un derecho hereditario; por este la posesion. (c) Por aquella perseguimos las cosas corporales é incorporales; por este solamente las corporales, *L.* 2. *ff. quor. bon.* Tambien tiene mucha analogía con este interdicto el *remedio* de la *l. ult. c. de edicto D. Hadriani tollendo.* Mas sin embargo se diferencia de este. Pues por aquel consigue la posesion de la herencia aquel á quien el pretor ha dado la posesion de los bienes; por este remedio logra la posesion de la herencia el heredero nombrado en testamento, si manifiesta las tablas sin tener ningun vicio visible. 2) El otro es el interdicto *quod legatorum.* El legatario ciertamente es dueño de la especie que se le ha legado desde el momento en que muere el testador, §. 606. 3. *l.* 80. *ff. de leg.* 2. *l.* 64. *ff. de furt.* Mas no por eso es poseedor desde aquel instante. Y aun no puede tomar por su propia autoridad la posesion de su legado, sino que debe tomarla del heredero para no quitarle á este la facultad de detraer la cuarta falcidia. *l.* 1. §. 2. *ff. l. un. c. quod legat.* Asi que si el legatario no obstante invade la posesion de la cosa legada, en primer lugar afianza el heredero que cumplirá en adelante los legados, y en seguida usa del interdicto *quod legatorum* contra el legatario para conseguir su posesion hasta que detraiga la cuarta falcidia. 3) El tercero es el interdicto salviano, que se concede al locador del fundo ó prédio rústico contra el colono, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda, §. 3. *Inst. h. t.* Por tanto este

interdicto es especial, y solo pertenece al locador del prédio rústico. Sin embargo, por la interpretacion se ha estendido á todos los acreedores á cuyo favor se han constituido prendas, contra los deudores, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda. Cualquiera advertirá que este interdicto es muy semejante á la accion *serviana* y *cuasi serviana*, de la que se ha tratado arriba. (§. 818 y 1138 sig.) Mas no obstante se diferencian, pues (a) las acciones serviana y cuasi serviana son reales; el interdicto salviano y cuasi salviano son personales. *L.* 1. §. 3. *ff. de interd.* (b) Aquellas se dan contra cualquiera poseedor; este solo contra el deudor. (c) En aquellas ha de probarse que la prenda se halla en los bienes del deudor. *l.* 15. §. 1. *ff. de pignor. et hypoth.*; en este de ningun modo.

§. MCCXCIX – MCCCII.

IV. La otra clase de interdictos es la de *retener la posesion*; los cuales son dos, *uti possidetis* y *utrubi*. Ambos se conceden á aquel que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa sin fuerza, ni clandestinamente, ni precariamente (pues estos son los tres vicios de la posesion), contra el que le turba, 1) para que desista de turbarle, 2) preste caucion de no turbarle mas, y 3) satisfaga juntamente al actor la estimacion de los daños. Siendo pues uno y otro de la misma naturaleza, se pregunta solo en que se diferencian. Resp. En que el interdicto *uti possidetis* se da en las cosas raices, y el interdicto *utrubi* en las cosas

muebles, *l.* 1. §. 8. 9. *ff. uti. poss. l. un.* §. 5. *ff. utrubi*, §. 4. *Inst. h. t.*

§. MCCCIII. — MCCCV.

V. El interdicto de *recuperar la posesion* es uno, *unde vi*, el cual se concede al arrojado por fuerza de la posesion contra el que le echó de ella, para que se le restituya la posesion con los frutos y la indemnizacion de sus perjuicios, §. 6. *Inst. h. t.*

Empero desde que el derecho canónico introdujo en el famoso *can. redintegranda* 3. *cuass.* 3. *qu.* 1. *et cap.* 18. *x. de restitut. spoliat.*, el remedio ó la accion de *despojo*, está mas admitida en la mayor parte de los paises que el interdicto *unde vi*. Esta accion canónica es mas pingüe que el interdicto *unde vi*, 1) en que el interdicto solo se concede en la cosa raiz, y la accion de despojo en la cosa mueble y raiz, y aun en los derechos. 2) En que el interdicto es personal, y por tanto solo se concede contra el que arrojó, y la accion de despojo es real, y compete contra cualquiera poseedor. Por lo que advertimos arriba (§. 334. al fin.) que la posesion por derecho canónico en algun modo participaba de la natureleza de derecho *in re*. 3) En el interdicto *unde vi* no se destierra toda escepcion, y en el despojo cesan todas las escepciones. De aqui se ha formado la regla: *spoliatus ante omnia restituendus* (*ante todas cosas debe restituirse al despojado su derecho*).

§. MCCCVI. — MCCCVIII...

TITULO XVI.

De la pena de los litigantes temerarios.

§. MCCCIX.

Los dos títulos siguientes pertenecen á los juicios, y en este se trata de la pena de los que litigan temerariamente. Mas ha de tenerse cuidado de no entender aqui por pena el daño ó castigo que impone el superior por las malas acciones, sino que la pena es aqui un medio de reprimir. Lo cual se manifiesta, de que el juramento de calumnia se cuenta entre las penas de los litigantes temerarios; no obstante que mas bien se impide y reprime la temeridad de los litigantes para en adelante, que se castiga la calumnia pasada. Tales modos de reprimir la temeridad de los litigantes son tres: el juramento de columnia, §. 1310. 1313.; la pena pecuniaria, §. 1314; la infamia, §. 1315.

§. MCCCX. — MCCCXIII.

I. El primer modo de reprimir la temeridad de los litigantes es el *juramento de calumnia*, por el cual las partes y sus abogados juran en juicio que no harán nada calumniosamente y con malicia. Es de dos maneras; *general* y *especial*, que tambien se llama de *malicia*. *General* es el que se presta por el actor, reo y abogados, en todas las causas al momento desde el principio del

juicio. Las fórmulas son varias; pero sin embargo todas se dirigen á prometer que no obrarán calumniosa y dolosamente, ni dilatarán el pleito &c. *Especial* es el que se presta siempre que nace en el pleito sospecha de malicia ó dolo, ó siempre que se exige por el contrario cuando hay recelo de que puede ser exigido calumniosamente; por ejemplo, si uno pide juramento á otro, el que le pide está obligado á jurar antes; si uno exige la presentacion de instrumentos, presenta posiciones &c., debe jurar antes que no lo hace con dolo malo, ni con ánimo de vejar ni calumniar. Por lo demas, suponiendo este juramento que otro es sospechoso de dolo y de calumnia, no puede pedirse á aquellos á quienes debemos reverencia, como á los padres, patronos, señores del feudo. *L.* 16. *ff. de jure jur. l.* 34. §. 4. *ff. eod.* 2. *feud.* 33. §. 1. Ademas no hay lugar á este juramento en las causas criminales. Pues el reo de suplicio capital, ó de pena *corporis aflictiva*, fácilmente prestaria este juramento, aun cuando fuese muy sospechoso de perjurio. Y quién creerá que aquel á quien amenaza el suplicio, no obrará calumniosamente para evitar la pena, aunque jurase calumnia? Todos los medios tientan estos hombres, y acostumbran *flectere si nequeant Superos, Acheronta movere.*

§. MCCCXIV.

II. El otro modo de reprimir la temeridad de los litigantes es la *pena pecuniaria*, que en nuestro derecho es de tres maneras. Pues 1) en algu-

nas causas crece la demanda por no confesar la verdad, como en la accion de la ley Aquilia (§. 1093.), en los legados dejados á lugares santos (§. 1173. 1177. 3.), en la accion *de pauperie* (*de daños causados por animales.*) (§. 1237 al fin.) 2) El vencido tiene que pagar al vencedor las costas, á no ser que tuviese probabilidad en el litigio, ó fuese dudoso el derecho de los litigantes, §. 1. *Inst. h. t. l.* 79. *ff. de judic.* 3) El que citaba á juicio sin la vénia del pretor á quien no era permitido citar, era multado en 50 aureos, *l.* 1. §. 2. *ff. de in jus voc.* Solo la segunda de estas penas está recibida todavía en la práctica, habiéndose casi desusado las demas.

§. MCCCXV.

III. El tercer modo de refrenar el prurito temerario de litigar es la *infamia*, que se origina siempre que es condenado alguno: 1) por verdadero delito, escepto por la ley Aquilia, porque por esta accion es castigada muchas veces aun la culpa mas leve. §. 1081. 2) Por los cuatro contratos infamativos, tutela, depósito, sociedad y mandato. §. 1. 2. *Inst. h. t. l.* 1. *ff. de his qui not. infam.* En el §. 783. dimos arriba oportunamente la razon por que los demas contratos no producen infamia.

TITULO XVII.

Del oficio del juez.

§. MCCCXVI. — MCCCXXIX.

Hasta aqui hemos tratado del oficio del actor, procuradores y reo: resta examinar el cargo del juez. Y ciertamente trataremos aqui de dos puntos principales: a) que diferencia hay entre magistrado y juez, §. 1317. 1329.: b) cual es el oficio del juez, §. 1330. 1333.

I. En cuanto á la primera parte se ha de considerar distintamente: 1) que es magistrado y juez, §. 1317.: 2) que es y de cuantas maneras la jurisdiccion, 1318. 1326.: 3) si en el dia son diversos los cargos de magistrado y juez, §. 1327. 1319.

1. Muchas diferencias habia por derecho romano entre el magistrado y el juez. El *magistrado* era persona pública constituida por votacion del pueblo, que ejercia jurisdiccion. El *juez* al contrario, era persona privada, como un jurisconsulto, á quien el magistrado encargaba el conocimiento del hecho, y le prescribia la fórmula, segun la que habia de darse la sentencia. Por tanto aquel administraba justicia en virtud de su autoridad y jurisdiccion; este conocia de la causa por orden del pretor. Aquel conocia sobre el derecho; este sobre el hecho. Aquel administraba justicia en el tribunal; este en las sillas, por lo que se llama *pedáneo*. Lo que se obraba ante aquel se decia que se hacia en el *tribunal* (*in jure*): lo que

ante este en *juicio* (*in judicio*). Pero de este uso ya hicimos muchas observaciones en el §. 1181 y sig.

2. Constituyendo pues la jurisdiccion la principal diferencia entre el magistrado y juez, se pregunta: en qué consiste aquella, y de cuántas maneras es? *Jurisdiccion* es el conocimiento que compete por derecho de magistratura. Asi Cujacio, *Paratitl. Dig. tit. de jurisd.* Y en esto mismo se diferencia del conocimiento del juez, que venia no por derecho de magistratura, sino en virtud del derecho que le trasladaba el pretor. Diferente de esta jurisdiccion es el *imperio*, el cual es cierta fuerza armada. Donde quiera pues que no hay solo conocimiento, sino fuerza y coaccion, no es jurisdiccion, sino imperio; por ejemplo, si se hace ejecucion, si se castiga á alguno con carcel, palos ó suplicio. Y este imperio es ó mero, ó misto. El *mero* consiste en el derecho de la espada, ó de castigar á los facinerosos, y que por los pragmáticos modernos se llama *jurisdiccion criminal ó alta*. Y *misto* es la fuerza y facultad de obligar y constreñir; la cual tienen aquellos á quienes compete la *jurisdiccion civil*, para que puedan ejecutar sus sentencias, tomar prendas, multar y apoderarse de la misma persona. En esto se diferencia la jurisdiccion y el imperio, aunque Noodt, *tract. de jurisdict. l.* 1. *C.* 1 *y sig.*, y el ilustre Wistembergio, *pand. tit. de jurisd.*, juzguen que ambas palabras son de la misma significacion. Volvemos á la jurisdiccion, que se divide de varios modos. Una es (a) *voluntaria*, otra *contenciosa.* Aquella es la que se ejerce entre los

que lo quieren y consienten; mas claramente, en que ninguno defiende, ni hay que citar á la parte contraria. Tal jurisdiccion voluntaria tiene lugar en la adopcion, manumision, emancipacion, presentacion del testamento &c. Esta es, al contrario, la que no puede ejercerse sin citar y oir la otra parte; por ejemplo, si se entabla la accion en el foro, se oyen los testigos, se da la sentencia. Estas dos especies se diferencian mucho. Pues (1) los actos de jurisdiccion contenciosa requieren juez competente; los de voluntaria pueden tratarse ante cualquiera, y aun por el juez en causa propia. (2) Aquellos se despachan en el tribunal; estos tambien estando el pretor, v. gr., en el baño, §. 2. *Inst. de libertin.* (3) Aquellos se habian de despachar en los dias de audiencia; estos tambien en los feriados. (b) La jurisdiccion es *ordinaria* ó *estraordinaria*. Aquella compete á cualquier magistrado en virtud de su jurisdiccion; esta se concede á algunos fuera de orden por ley especial. Por ejemplo; los que tienen jurisdiccion, tienen tambien derecho de citar, de dar sentencia, ejecutarla; por tanto estas cosas son de jurisdiccion ordinaria. Mas no tenian en el imperio romano el derecho de nombramiento de tutor, sino aquellos á quienes se habia concedido esta facultad por ley especial, ó senadoconsulto, ó constitucion del príncipe; por tanto el nombramiento es un acto de jurisdiccion estraordinaria. Estas especies se diferencian en el efecto, de modo que la jurisdiccion ordinaria puede encargarse á otro; no asi la estraordinaria. *L. 1. pr. ff. de off. ejus qui mand. juris.* c) La jurisdiccion es ó *propia*, *encargada*, ó *proroga-*

da. Propia es la que compete en virtud de la magistratura. *Encargada*, la que el magistrado encarga á otro mandándole que la desempeñe á su nombre. Por ejemplo; si un magnate adornado de jurisdiccion por su impericia en el derecho comete la jurisdiccion á un jurisperito, el cual entonces se llama *justitiarius*. *Prorogada* es cuando uno litiga ante un juez incompetente, ó porque se somete á su jurisdiccion voluntariamente, ó porque es reconvenido ante el juez á cuya presencia citó á otro. Estas son las principales especies de jurisdiccion segun la jurisprudencia romana.

3. Por lo demas la misma esperiencia nos dice que no se diferencian entre nosotros el magistrado y el juez. El mismo que es magistrado es tambien juez. Ni suelen entre nosotros los magistrados nombrar jueces pedáneos, sino que ellos mismos conocen del derecho y del hecho. Pero qué? Ya en tiempo de Justiniano parece haberse desusado esta diferencia; pues dice el §. *ult. Inst. de interdict.* que en el dia todos los juicios son *estraordinarios*. Y juicios estraordinarios eran aquellos en que el mismo magistrado administraba justicia. Sin embargo de aquel antiguo rito quedó la distincion entre el oficio *noble* y *mercenario* del juez. Llamamos oficio noble, siempre que el juez puede decretar algo sin habérsele pedido; por ejemplo, puede mandar que se abonen las costas del pleito. Y oficio mercenario es cuando no puede decretar, si no que se le pida. Asi, por ejemplo, no decreta el juez la citacion sin ser implorado.

§. MCCCXXX. _ MCCCXXXIII.

II. Sigue la otra parte del título: cuál es el oficio del juez? Resp. 1) Que juzgue rectamente conforme á las leyes, constituciones y costumbres. Asi Justiniano, *pr. Inst. h. t.* Pero en el dia ha de invertirse el orden, pues lo primero de todo debe procurar el juez juzgar con arreglo á las *costumbres* de cada pueblo, porque ya vimos arriba (§. 72. 3.) que derogan á la misma ley. Donde no hay costumbres particulares debe juzgar segun las *constituciones*, ó en las repúblicas libres segun los *estatutos*. Pues estos tienen mas autoridad que el derecho romano, el cual solamente está recibido *in subsidium* (como auxiliar, caso de no haber ley ó costumbre nacional). (§. 17.) Ultimamente, cuando no hay estatutos, ó al menos, si los estatutos no deciden el caso, se ha de juzgar conforme á las leyes, esto es, con arreglo al derecho *comun* romano, ó solo, ó juntamente con el derecho canónico, segun lo han establecido las diversas legislaciones de los distintos paises. 2) Que observe las leyes y el orden de proceder admitido en cada provincia. Pues cuanto obre sin observar la costumbre, será nulo *ipso jure*; por ejemplo, si uno da sentencia sin oir á una parte. 3) Que ejecute la sentencia si adquiere la autoridad de cosa juzgada. No obstante, guardan nuestras leyes la discrecion de conceder al reo que ha sido condenado en cierta cantidad, algun pequeño espacio ó desahogo, dentro del cual pueda juntar el dinero, con tal qne afiance que pagará, §. 2. *Inst.*

h. t. Pues no siempre está pronto aun el dinero de los ricos. Y de aqui es que suelen decir los pragmáticos: *neminem cum sacco et pera venire debere in judicium* (*Ninguno está obligado á pretarse en juicio con el bolsillo ó talego de dinero*). Mas si uno ha sido condenado á la restitucion de la especie, por ejemplo, de una casa ó fundo, se ha de entregar al punto. Pues esta puede restituirla el poseedor en cualquier momento, y no es necesario disimularle la tardanza. *L. 9. ff. de rei vindic.* Resta la cuestion de si pasará al instante á mi dominio lo que por sentencia ó autoridad de cosa juzgada me ha adjudicado el juez, antes de que se me entregue: lo cual negamos. Pues (a) la sentencia no da dominio, sino que le declara, *l. 8. §. 4. ff. si serv. vind.* (b) La accion de cosa juzgada no es real, sino personal, y deberia ser real si consiguiésemos el dominio por la misma sentencia, porque no usamos de condiciones para reclamar nuestras cosas, sino que las vindicamos. (§. 129.) (c) Se esceptuan sin embargo los tres juicios divisorios, de señalar los límites de los heredades, dividir las cosas comunes, y partir la herencia, en los que conseguimos al momento sin la tradicion el dominio de cuanto se nos adjudica (§. 329.), *§. ult. Inst. h. t.*

TITULO XVIII.

De los juicios públicos.

§. MCCCXXXIV. _ MCCCXXXIX.

Tambien se ha acabado ya la tercera parte de las Instituciones; á saber, de las acciones; pues este último título no pertenece al derecho privado, de que se ha tratado hasta aqui, sino al público. Trátase pues en él de los juicios públicos ó criminales, y por tanto puede considerarse este título como apéndice de las Instituciones.

Dijimos arriba que los delitos son ó *privados* ó *públicos.* Eran aquellos los que atacan directamente á los particulares, y por tanto sufren tambien solamente la persecucion privada. Estos al contrario son los que turban la seguridad pública, y de aqui es que se vengan con público castigo, §. 1035. De aqui se manifiesta claramente por que se llaman *públicos* aquellos juicios criminales que se entablan para castigar á los facinerosos; los cuales se diferencian en muchas cosas de los juicios privados. 1) En los juicios privados hay actor; en los públicos acusador. 2) Aquellos los mueve aquel á quien le interesa especialmente, á no ser la accion popular; en estos acusa el que es hábil (y por tanto no la muger, ni el infame, escepto en el crímen de lesa magestad), ó tambien la misma sociedad persigue los crímenes públicos por medio de un procurador ó abogado fiscal: 3) en aquellos solo afianza el actor que abonará las cos-

tas al reo vencedor si es convencido de haber litigado temerariamente, §. 1314. 2.: en estos debe señalar el crímen, esto es, obligarse en la pena del talion de no probar aquel, *l. 7. pr. l. ult. c. de accus. et inscr.*: 4) en aquellos se trata de la satisfaccion privada; en estos pide el acusador el castigo ó vindicta pública, ya consista en pena capital ó no capital. Llamamos penas *capitales* las que quitan la vida *civil* (pues tambien se llama *caput* el estado de libertad y ciudad, §. 223.) ó la *natural*, por ejemplo, la condenacion á horca, á las llamas, amputacion de la cabeza, condenacion á las minas, deportacion á alguna isla ó destierro, *l.* 28. *pr.* §. 11. *l.* 8. §. 1. *y sig. ff. de pœnis.* Penas no *capitales* son para nosotros las que no quitan la vida civil, ni la libertad, ni los derechos de ciudad, cuales son los palos, azotes, condenacion á obras públicas, relegacion, infamia, privacion de dignidad, *l.* 6. §. *ult. l.* 3. *l.* 8. *pr. l.* 28. *ff. de pœnis.* Pues los que la sufren, ni son privados de la libertad, ni de los derechos de ciudad. Esto en cuanto á la diferencia de los juicios públicos y privados: en seguida ha de advertirse ahora que los crímenes públicos son ó *públicos* ó *estraordinarios*; llamamos públicos aquellos sobre los que existen leyes particulares, por las que está señalada cierta, ordinaria y legítima pena. Estraordinarios son aquellos hechos de pésimo ejemplo y dignos de castigo; pero sobre los que no existe sin embargo ley particular, ni señalada por ella pena ordinaria. Por lo que se castigan estos crímenes estraordinariamente, atendidas las circunstancias. Por ejemplo; acerca de los adulterios existe una

ley particular *de adulteriis*. Luego el adulterio es un crimen público. Mas si uno rompiese los diques del Nilo, seria esta maldad de fatal ejemplo; pero sin embargo no existiendo ninguna ley particular seria castigado fuera de orden. De los *crímenes estraordinarios* se trata en la última parte, *ff. lib.* 47. Ahora hablaremos brevemente de los *públicos propiamente dichos*. Tales son doce, sobre los que hay otras tantas leyes: 1) la ley julia de lesa magestad, §. 1340. 1345.; 2) la ley julia de adulterios, §. 1346. 1355.; 3) la ley cornelia de los asesinos, envenenadores y hechiceros, §. 1356. 1358.; 4) la ley pompeya de los parricidas, §. 1359. 1361.; 5) la ley cornelia de los falsarios, §. 1362 y 1363.; 6) la ley julia de la fuerza pública y privada, § 1364 y 1365.; 7) la ley julia del peculado, §. 1366 y 1367.; 8) la ley fabia de los plagiarios, §. 1368.; 9) la ley julia del soborno (*reputandarum*); 10) la ley julia de los que compran con dinero los cargos públicos (*de ambitu*); 11) la ley julia de la carestía de víveres (*de annona*); 12) la ley julia de los que roban el tesoro público administrándole (*de residuis*), §. 1369. 1370.

§. MCCCXL. _ MCCCXLV.

I. La ley julia de lesa magestad, tan severa en sí misma, de tal modo la llenaron de saña Arcadio y Honorio en la ley *quisquis c. ad l. jul. maj.*, y es ya tan horrorosa, que mas bien parece escrita con sangre que con tinta. La ley julia, dada por Julio César, castiga todo hecho cometido di-

rectamente contra la seguridad de la república ó magestad del sumo imperante, *l.* 1. §. 1. *ff. ad juliam majestatem.* Es este crimen de dos maneras: *de estado* (*perduellionis*), y *de lesa magestad en especie* (*majestatis in specie*). Dícese delito *de estado* el que se comete con ánimo hostil contra la república ó sus primeros ministros, *l.* 5. *pr. c. eod.* Y á este pertenecen todos los que conjuran contra la república, matan al príncipe, ponen asechanzas á su vida y dignidad, ó se abrogan los derechos de la magestad &c. Hay un largo catálogo de semejantes maldades en la *l.* 1. *ff. eod.* Llámanse reos de *lesa magestad* los que no estan en la república hostilmente, pero sin embargo ofenden al sumo imperante de palabra ó hecho; por ejemplo, los que profieren al príncipe palabras injuriosas. El primer crimen es mas horrible, y se castiga con mas severidad que todos los demas. Pues 1) al reo de estado se impone el último suplicio, y segun el uso moderno en Alemania se le divide en cuatro partes; en Inglaterra se le pone en la argolla, y sacándole de ella vivo, estraido el corazon y los intestinos, se le divide en cuatro partes. En Francia es descuartizado por cuarto caballos. 2) Se condena despues de la muerte la memoria del que sufrió el suplicio, §. 3. *Inst. h. t.* Y de aqui es que en muchos pueblos está admitido que se derribe la casa del condenado, y se erija en la área una columna, en que se inscriba para su oprobio la maldad cometida por su poseedor. 3) Todos sus bienes se confiscan, *l. ult. ff. l.* 5. *c. eod.*, á pesar de haber cesado la confiscacion en los demas delitos desde que Justiniano abolió la

servidumbre de la pena, §. 83. 4) Tambien son infames los descendientes; y los varones por ser sospechosos de venganza, estan escluidos de la herencia de sus abuelos, padres y estraños, y aun de toda esperanza de alguna dignidad; mas á las hijas se las deja al cabo la herencia legítima materna y de sus abuelos solamente, porque no tiene que temer de ellas el estado, *l.* 5. 6. *eod.* Tan atroz es la pena del delito de estado. Y asimismo se observan muchas cosas estraordinarias en el modo de proceder. Pues 1) aqui acusan todos, aun los inhabiles; por ejemplo, las mugeres, los infames &c., *l.* 7. *pr. ff.* 2. *l.* 8. *ff. eod.* 2) Ni puede el reo valerse de abogados, ni 3) de apelacion, sin embargo de ser causa de sangre y de perjuicio irreparable, *l.* 5. §. 2. *c. eod. l.* 6. §. 9. *de injust. rup. irit.* 4) Tambien pueden examinarse testigos inhábiles, *l.* 7. §. 1. *c. ad. l. jul. majest.*; tanto que antiguamente podian ser atormentados los siervos en la causa del señor; lo que no se hacia en ninguno de los otros delitos. 5) Se castiga el mero consejo, y aun el silencio; á saber, si uno tuvo noticia de una conjuracion y no la delata al magistrado; lo cual se halla claramente en la *l.* 5. *pr.* §. 6. 7. *c. eod.* Y sin embargo de esto, habiéndolo sentado asi el príncipe de los glosadores, Bártulo, escribió Baldo neciamente, *l.* 1. *const.* c. 34., que su alma debia ser atormentada en los infiernos. Qué absurdo! Pues quién dudará que el que en tiempo del rey Jacobo I de Inglaterra supo que algunos soldados querian incendiar con pólvora la casa del parlamento, juntamente con el rey y los magnates de la nacion, y artificio-

samente guardó silencio, delinquió igualmente contra la sociedad, que si tuviese parte en esta empresa? Se dirá que se resiente esto mucho de injusticia. Pero como dice Tácito, todo castigo ejemplar que se fulmina contra alguno por utilidad pública, tiene algo de injusto, *Annat. L. XIV. c.* 44. El crimen de *lesa magestad* propiamente dicho, se castiga con pasar por las armas, palos, relegacion, segun lo exigen las circunstancias del hecho cometido, §. 3. *Inst. h. t.*, sin que sea digna de un buen príncipe aquella sentencia de la *l. un. c. si quis imperat. maled.* Si verbalmente se hiciese alguna ofensa contra el príncipe por ligereza, debe despreciarse; si por locura, es muy digno de conmiseracion; si últimamente por injuria, debe perdonarse.

§. MCCCXLVI.—MCCCLV.

2) La otra es la *ley julia de los adulterios*, que sin embargo de tener el nombre particular de adulterio, castiga no obstante otros delitos carnales, como la *venus monstruosa y nefanda*, *el incesto*, *el estupro y alcahuetería.* a) *Adulterio* en el dia es *la violacion de la fe conyugal.* Pero los romanos formaban distinta idea de este crimen. Era pues adulterio la corrupcion de la muger casada ó desposada con otro. Por tanto, era adúltera la muger casada que tuviese trato ilícito, ya con otro casado, ya celibato; y todos los que la desfloraban y comerciaban con ella, eran adúlteros, bien fuesen célibes ó maridos agenos. Mas si el marido trataba con soltera ó viuda, ni él

ni ella eran adúlteros, porque no se habia violado muger casada ó desposada con otro, *l.* 6. §. 1. *ff. ad l. jul. de adult.* La pena de este delito por la ley julia, dice Justiniano, que era la de muerte, §. 4. *Inst. h. t.*, y le defendieron fuertemente los antiguos, aun Marco Lyklama, *in membranis passim.* Sin embargo es esto falso. Pues consta claramente por Paulo, *recept. sent. lib. II. tit.* 26. §. 14., que Augusto, autor de esta ley, no quiso castigar con mas severidad á los adúlteros y adúlteras, que con la relegacion á una isla, y la confiscacion de la mitad de los bienes de ambos, y mitad de la dote de la muger. El primero que estableció la pena de muerte fue Constantino M., *l.* 31. §. 1. *c. ad jul. de adult.* Y ha de tenerse presente que la ley julia concede tambien algo á los *celos* y venganza privada; pero solamente al padre y marido de la adúltera; sin embargo hay entre estos diferencia, pues (a) el padre puede matar al adúltero y la hija cogidos en adulterio; el marido solamente al adúltero, no á la muger adúltera. (b) Respecto de aquel es igual que encuentre á los adúlteros en su casa, ó en la del yerno. Respecto de este se requiere que los sorprenda en su casa, ó que para matar en otra parte al adúltero, le amemenace á este por tres veces, *l.* 20. *y sig. ff. ad l. jul. de ad Nov. CXVII.* 15. (c) El marido solo puede matar al adúltero de vil condicion; el padre á cualquiera, *l.* 24. *pr. ff. eod.* b) El mismo nombre escusa la definicion de la *venus monstruosa y nefanda.* Pues nefanda quiere decir que no se puede hablar de ella honestamente. La pena á veces es la de quemar al reo vivo, otras la de muerte (*gladii*).

Los criminalistas examinan los diversos casos. c) *Incesto* es el comercio de dos personas que no pueden juntarse por su consanguinidad ó afinidad, §. 158 y sig. Si pues uno tuvo trato carnal con su descendiente ó ascendiente, por ejemplo, el padre con la hija, el hijo con la madre, ó el abuelo con la nieta, este incesto se llama de *derecho de gentes*; si con otras personas consanguíneas ó afines, *de derecho civil.* Las leyes romanas castigaban con la deportacion el incesto de derecho de gentes, y el de derecho civil arbitrariamente, *l.* 5. *ff. de quæst. Nov. XII. c.* 1. Mas en el dia siempre se impone pena de muerte (*gladii*) en el primer caso, Carpz. *Prax. crim. P.* §. *Qu.* 74. d) *Estupro* es la violacion hecha sin fuerza de la vírgen ó viuda que vive honestamente, *l.* 6. §. 1. *l.* 34. *pr.* §. 1. *ff. ad leg. jul. de adult.* Pues con la ramera y prostituta no se comete estupro, sino deshonestidad (*scortatio*). La pena del estupro en las personas ilustres era la confiscacion de la mitad de los bienes, y en las humildes pena corporal y relegacion, §. 4. *Inst. h. t.* En el dia se espia comunmente con pena pecuniaria, en muchas partes bastante pequeña. Y ademas tiene la estuprada accion para su dote, los alimentos de la criatura; y aun muchas veces se observa la regla *aut ducat, aut dotet* (*ó se case ó dote*), *Deut. XII.* 29., especialmente si cometió el estupro con la esperanza de matrimonio. e) *Alcahuetería* es un crimen por el cual prostituye uno á otros las mugeres con el fin de lucrar, *l.* 29. *pr. ff. ad l. jul. de adult.* Si uno prostituye la hija ó muger tiene pena capital, si á otras mugeres arbitraria, *Nov. XIV.*

§. MCCCLVI. — MCCCLVIII.

3. Sigue la *l. cornelia de los asesinos y envenenadores, y hechiceros*, dada por L. Cornelio Sula, dictador. (a) Llámanse aqui asesinos todos los homicidas, y el homicidio es de tres maneras; *doloso*, que se hace con ánimo de matar, y por tanto con dolo malo; *culpable*, que se hace por culpa y negligencia; por ejemplo, si el médico cortase un pie atacado de gangrena y despues descuidase al enfermo y le abandonase; *casual*, el que se verifica casualmente; por ejemplo, si rompiéndose mi escopeta por acaso matase á uno; al cual referimos el que se hace en la justa defensa, del cual se ha hablado en el §. 1082. El doloso se castiga con pena capital, *Gen.* 9. 5. 6. Y si niega el reo que lo hizo con ánimo de matar? Esto se infiere por el tiro ó género de arma de que usó. *L.* 1. §. 3. *ff. ad L. Corn. de sic.* Pues á la verdad, si uno hiere á otro con una escopeta, y sin embargo niega que no tenia ánimo de matar, no seria oido. El homicidio culpable se castiga arbitrariamente segun la culpa, como con baquetas, relegacion, multa &c. El casual manifiestamente está fuera de pena, porque ninguno es responsable del acaso. De paso ha de notarse que si uno corrompe á otro con dinero para que mate á alguno, se llama *assassinator*, y aquel que recibió el dinero y cometió la muerte *asesino* (*assassinus*). Aquel suele castigarse con pena de muerte (*gladii*), este con quebrantarle las piernas (*crurifragii*). (b) La voz *veneficium* se toma

en dos sentidos. A veces significa el crimen de aquellos que hicieron, vendieron, ó dieron venenos con el fin de matar á algun hombre, *l.* 1. *l.* 1. *l.* 3. *pr.* §. 2. *ff. eod.* A veces denota el delito de aquellos que matan á los hombres con sortilegios y encantos, §. 5. *Inst. h. t.* La pena de ambos delitos por derecho romano es capital, *d.* 5. §. *Inst. h. t.* Pero en el dia á los que dan á beber venenos, si son varones se les quebrantan los huesos (*crurifragio*); si son hembras, se les mete en un cuero y se les echa al agua (*puniuntur culleo*); los que tienen pactos con el dominio, sortílegos (con tal que el rumor sea cierto), son quemados vivos; á los que matan á los hombres con encantos se les corta la cabeza (*feriuntur gladio*). Mas es larga ésta historia: los jueces admitieron sobre este punto en diversas partes muchos delirios de viejas, que en el dia se adoptan con mas circunspeccion en la mayor parte de los paises. Sobre este asunto gozan de reputacion los escritos del célebre Tomasi, *de crimine magiæ* (*del crimen de mágia*).

§. MCCCLIX. — MCCCLXI.

4. Sigue la ley pompeya de los parricidas. Y aunque en otros casos *parricidio* signifique la muerte de los padres, sin embargo aqui se toma mas latamente el vocablo, por todo homicidio cometido entre parientes consanguíneos y afines. Y á la verdad en la *l.* 1. *pr. ff. ad l. Pomp. de parr.* se cuentan a) entre los ascendientes cognados al *padre*, *madre*, *abuelo*, *abuela*; b) entre los colaterales el *hermano*, *hermana*, *primo hermano por parte de pa-*

dre, de madre, tio paterno, materno. tia paterna, materna, prima por padre, por madre; c) entre los afines al *yerno, suegro, padrastro, hijastro, hijastra*; d) se añaden *el marido y la muger*, y e) *el patrono y patrona.* Alguno podria estrañar que no se hace aqui mencion de los hijos, no obstante de verificarse en el hijo. Pero en el tiempo en que se dió la ley pompeya todavía tenian los padres sobre los hijos el derecho de vida y muerte, §. 138. 1., y por tanto no era parricida el padre que mataba al hijo ó hija. La pena del parricida es gravísima, y está recibida en el dia con corta diferencia. Pues a) el parricida es indigno del uso de todos los elementos; se mete en un saco de cuero, y para que entre aquellas angustias mortales no goce del aire, ni del fuego, ni del agua, ni de la tierra, se arroja al mar ó rio. b) Antes del suplicio se le dan sangrientas baquetas, esto es, hasta que arroje sangre, lo cual no obstante cesa en el dia. c) En este saco de cuero se meten juntamente *un perro, un gallo, una víbora y un mono*, porque tambien estos animales suelen cometer parricidios. Si no está próximo el mar ó rio, mandan las leyes que se queme vivo al reo, ó se entregue á las fieras, *l. 9. pr. ff. ad l. Pomp. de parr.* Pero en el dia se sustituye el hierro á la sofocacion en el agua.

§. MCCCLXII. MCCCLXIII.

5. La *ley cornelia de los falsarios* castiga varios crímenes, que todos consisten en la falsificacion ú ocultacion de la verdad. Tales son *el testamentario falso*, si uno escribiese un falso testa-

can libros de otros, y se adornan de agenas plumas. Pero este delito no se castiga con ningun suplicio. sino con la mofa, como el delito de la corneja de Esopo. Asi que, los plagiarios propiamente dichos, segun la intencion que tuvieron, y la gravedad del hecho, son castigados unas veces con pena arbitraria, y otras con pena capital. Por ejemplo; si un judio roba un niño cristiano para circuncidarle.

§. MCCCLXIX.

De los cuatro crímenes restantes no corresponde hablar nada. No es tanta la severidad de nuestros tiempos, que se castiguen tanto. Basta saber las definiciones. *Crimen de soborno* (*repetundarum*) es el que cometen los que reciben dinero en su oficio injustamente; por ejemplo, los jueces que se dejan corromper con el oro. Son reos del crimen *ambitus* los que compran con dinero las magistraturas y cargos públicos. El crimen *annonæ* (*de víveres*) es cuando uno encarece los víveres en tiempo de carestía. Cometen crimen *residui* los administradores de los fondos públicos que dan mal las cuentas y roban el dinero administrado. Pero las costumbres de este siglo se hallan en el verso siguiente:

Parcatur corvis, vexet censura columbas.

COMPENDIO HISTÓRICO

DEL DERECHO ROMANO

DESDE ROMULO HASTA NUESTROS DIAS,

POR Mr. DUPIN.

CAPITULO I.

Derecho romano en tiempo de los reyes.

Roma formada, por decirlo asi, por aluvion, y compuesta en su origen de una multitud de bandidos, que hacian de ella mas bien una guarida que una ciudad, no tuvo en sus principios ninguna ley escrita.

El uso (1) solamente gobernaba los negocios; y en su defecto se recurria al rey, cuya voluntad, en cierto modo, era una ley viva y animada, *viva ac spirans lex.*

Esta voluntad se manifestaba por *edictos.*

Mas sea que esta forma de gobierno degenerase desde entonces en arbitrariedad, ó que desagradase á un pueblo, siempre avaro de una

(1) L'uso é il legislatore il piu ordinario delle nazioni. Beccaria §. 42.

libertad de que no sabia gozar, él pidió leyes.

Desde este momento los reyes comenzaron á consultar al pueblo, y el resultado de la voluntad general hacia la *ley*.

Los reyes mismos debian someterse á su decision, como Tácito lo observa de Servio Tulio: *qui præcipuus sanctor legum fuit, queis etiam reges obtemperarent*. Annal. *lib*. 3. c. 26.

CAPITULO II.

Derecho romano hasta las XII tablas.

Despues de la espulsion de los Tarquinos, el poder supremo fue trasferido á dos cónsules, *ne potestas, vel morâ, vel solitudine corrumperetur*. Tit. Liv. IV, 2. Por lo demas estos cónsules tenian la misma autoridad que habian ejercido los reyes, diferenciándose únicamente de ellos, *vocabulo, numero, ac diuturnitate dignitatis*.

Bajo este nuevo gobierno las leyes reales conservaron aun por mucho tiempo su vigor; y Cayo Papirio las reunió en un solo cuerpo, que se llamó del nombre de su autor *Jus Papirianum*. L. 2. §. 2. Dig. *de Orig. jur*.

Sin embargo, muchas de estas leyes, sin que se vea que hayan sido formalmente derogadas, habian quedado sin fuerza, porque no convenian ya con la nueva forma del gobierno. En su consecuencia fue indispensable que los cónsules, imitando á los reyes, decidiesen con conocimiento de causa todos los puntos no previstos por las leyes, *Dionis. Halicarn. lib*. 10. *cap*. 1.

Bruto, empero, habia hecho jurar al pueblo mantenerse eternamente en su libertad, y la máxima fundamental de la república era mirar esta libertad como una cosa inseparable del nombre romano.

Un pueblo nutrido con este espíritu de indepencia; digamos mas, un pueblo que se creia nacido para mandar á los otros pueblos, y á quien Virgilio llama por esta razon un pueblo rey, no queria recibir leyes sino de sí mismo.

Asi es, que tanto en tiempo de los reyes como bajo los cónsules, los ciudadanos de Roma recobraron el poder legislativo; y despues de haber obtenido tribunos, los plebeyos, opuestos siempre al senado, dieron bajo la presidencia de estos magistrados los ordenanzas llamadas *Plebiscita*, diferentes de las leyes propiamente dichas *Populiscita*.

Nada fue entonces mas frecuente que ver los plebíscitos en contradiccion con los edictos consulares. Cada uno se arrogaba el poder legislativo, los cónsules se lo atribuian, los tribunos lo reclamaban para el pueblo; hasta que al fin uno de estos logró se decidiese que los cónsules observarian tambien en adelante las leyes hechas por el pueblo. *Quod populus in se jus dederit, eo consulem usurum.* Tit. Liv. *III.* 9.

Para poner un término á tan deplorable conflicto, se acordó, año 300 de Roma, enviar diputados á la Grecia, á fin de que instruyéndose de sus leyes las compilasen y acomodasen á las costumbres de los romanos.

A la vuelta de estos diputados se crearon los

decemviros, cuyo gefe era Apio Claudio; y se les encargó poner en un cuerpo ordenado las leyes que aquellos habian traido.

Los decemviros auxiliados por Hermodoro, ilustre desterrado de Efeso, se dedicaron á este trabajo con tanto ardor, que en el año 303 sometieron á la aceptacion del pueblo sus leyes, grabadas sobre diez tablas de bronce, á que añadieron poco despues otras dos.

Tales fueron las leyes de las XII tablas, que Tito Livio llama *fons universi publici privatique juris*; y que Ciceron prefiere á todas las bibliotecas de los filósofos, *omnibus omnium philosophorum bibliothecis anteponendum opus*; conjunto admirable de lo mas sabio que tenian las antiguas costumbres de los romanos, y de lo mejor que se habia traido de los griegos: *tum ex græcorum jure*, *tum ex patriis consuetudinibus*. Dionis. Halicarn. X. 66.

Los romanos recibieron estas leyes con entusiasmo, y todos los que se consagraban al estudio de la jurisprudencia, debian aprenderlas literalmente, *tamquam carmen necessarium*. Cic. *de leg.* 2. 23.

Se aplicaron á interpretarlas los jurisconsultos mas célebres; y S. Cipriano (2. epist. 2.) nos testifica que aun en su tiempo se conservaban íntegras. Sin embargo esto no impidió su destruccion en la época de la irrupcion de los bárbaros, existiendo solo en el dia algunos fragmentos esparcidos en el Digesto y en algunos autores antiguos, que Jacobo Godefroy ha compilado con inmensa erudicion, y enriquecido con escelentes notas.

Sabios hay que aconsejan principiar el estudio de la jurisprudencia por el de estas leyes, que efectivamente nos descubren el origen de muchas instituciones; pero otros, á cuya opinion suscribo, piensan al contrario, que este estudio no es bueno sino para los que quieran profundizar la ciencia; y de consiguiente que debe decirse al vulgo:

Procul, ó procul esse, profani!

CAPITULO III.

Derecho romano desde las XII tablas hasta el tiempo de Augusto.

Los romanos gozaban ya de aquel código que tanto habian apetecido; pero el impulso estaba dado: la lucha del senado y el pueblo se renovaba todos los dias; y era imposible que las leyes dejasen de resentirse de este desorden. Cuanto mas hablaban los legisladores, mas mudas estaban las leyes; las cuales se multiplicaron á lo infinito, y desde entonces pudo decirse: *corruptissimâ republicà plurimæ leges.* Tacit. *Annal. III.* 27.

Los magistrados plebeyos intentaron muchas veces despojar á los patricios, no solamente de sus honores, sino de sus bienes: los patricios por su parte, sostuvieron que los plebíscitos no les eran obligatorios. De aqui aquellos celos furiosos entre el senado y el pueblo, entre patricios y plebeyos; los unos alegando que la libertad escesiva se destruye al fin por sí misma; y los otros, te-

miendo por el contrario que la autoridad, que por su naturaleza es siempre progresiva, no degenerase por último en tiranía. De aqui aquellas retiradas de los plebeyos sobre el monte Aventino y el Janículo; y aquella transacion política que sometió los patricios á la autoridad de los plebíscitos: *ut plebiscita omnes Quirites tenerent.* Aulus Gellius, *Noct. Att. l.* 15. *cap.* 27.

Desde este momento los plebíscitos tuvieron fuerza de ley; no obstante, quedaban aun al senado medios con que dominar al pueblo.

Apenas se habian promulgado las XII tablas, cuando los patricios imaginaron *fórmulas*, sin las que no podia regularmente entablarse accion ninguna. L. 2. §. 6. *D. de orig. jur.* Añadieron luego la distincion de dias *útiles ó fastos*, en que se podia trabajar; y los dias *feriados ó nefastos*, en que habia prohibicion de hacerlo; con cuya mezcla de sutileza y de supersticion formaron lo que ellos llamaban *legis actiones.*

De este modo concentraron en sus manos el conocimiento absoluto de los asuntos contenciosos; y bajo las apariencias del derecho de patronato, que se arrogaban como un atributo de su casta, adquiriendo una inmensa autoridad.

Se conoce por lo mismo el interes que debian tener en ocultar al pueblo la vista de esta nueva cadena; pero hácia el año 449 perdieron esta ventaja. Cn. Flavio, que era el secretario ó amanuense de Apio Claudio el ciego, pudo sorprenderle estas fórmulas: se las robó, y reuniéndolas en un cuerpo, las puso en noticia del pueblo, que en recompensa le condecoró con el título de

Edil. Y esta coleccion de fórmulas se llamó *Jus Flavianum.*

En vano trataron los patricios de recobrar su autoridad, estableciendo otras fórmulas: su secreto fue nuevamente descubierto y divulgado por S. Elio Cato, cuya compilacion tomó el nombre de *Jus Elianum.*

A pesar de todo esto los patricios conservaban aun en sus manos dos armas poderosas: *Interpretatio, et disputatio fori.*

Las leyes de las XII tablas habian sido escritas con mucha concision: *eleganti, atque absolutâ brevitate verborum*, Gellius *lib.* 20 *cap.* 1. Decian mucho en pocas palabras, pero no lo decian todo. Asi los patricios, por medio de las interpretaciones que forjaban, sacaban de ellas por via de induccion decisiones nuevas que no resultaban siempre del texto; y de aqui provino que no solamente se les llamaba *intérpretes*, sino tambien *autores y conditores juris.* Cujac. *obs. VII*, 25.

Sucedia á veces que los jurisconsultos no estaban de acuerdo con estas interpretaciones; y entonces se reunian ó en el foro, ó cerca del templo de Apolo, á discutir las cuestiones sobre que disentian, formando el resultado de sus conferencias una decision denominada *recepta sententia.* De estas resoluciones hablan las leyes cuando dicen: *Post magnas varietates obtinuerat.* (*L. ult. Dig.* de leg.; *l.* 32. *Dig.* de Obligat.) *Ex disputatione fori veni...* (*Ascan. Pædian.* in Verrin. 3); *Jus consensu receptum....* (*Inst.* de Adq. per adrog.); *Jus commentitium...* (*L.* 20. *Dig.* de Pœnis).

Los patricios que como se ha dicho ejercian

esclusivamente la profesion de jurisconsultos, se guardaban bien de iniciar á los plebeyos en los misterios de su arte: *in latenti jus civile retinere cogitabant, solumque consultatoribus potius quam discere volentibus se præstabant.* Pero Tiberio Caruncanio, que no aprobaba semejantes arterías, enseñó públicamente esta ciencia, hasta entonces misteriosa; haciendo por un rasgo de su generosidad que la jurisprudencia no fuese por mas tiempo el patrimonio especial de los patricios. Cualquiera pues podia ser jurisconsulto; pudiendo desde entonces decirse con verdad:

Tamen imâ plebe quiritem
Facundum invenies: solet hic defendere causas
Nobilis indocti: veniet de plebe togatâ,
Qui juris nodos ac legum ænigmata solvat.
Juv. VII. 47.

A ejemplo de los reyes, los cónsules se habian puesto en posesion de decidir todos los casos no previstos por las leyes. *Dionis. Halic. X.* 1. Mas cuando enteramente dedicados á los negocios de la guerra, se vieron en la necesidad de abandonar los demas asuntos civiles al cuidado de los diversos magistrados que se habian creado para suplirles; entonces se observó que estos magistrados, y particularmente los pretores, daban edictos sobre los diferentes ramos de administracion que se les habian confiado.

La razon en efecto era siempre la misma; pues si todo debe callar cuando habla la ley, tambien cuando ella enmudece los magistrados deben suplir su silencio, decidiendo por edictos

especiales las cuestiones y casos particulares que no ha sido posible al legislador comprender en la regla general que estableció: *oportet leges dominas esse, si sint rectè scriptæ; magistratus autem edicere debet de illis de quibus leges exquisitè aliquid decernere nequeant, eòquod non facile sit sermone generali singulos casus comprehendere.* Arist. *Polit.* III. 11.

Los edictos de los pretores eran de muchas clases: unos llamados *repentina*, que eran los que se daban al instante y como de improviso en los casos que ocurrian. Otros eran dados *ad perpetuam jurisdictionem*, y se estendian á todo el tiempo (1) que debia durar la magistratura. Entre estos últimos se llamaban *translatitia* los que el nuevo pretor conservaba de su antecesor; y *nova* los que el nuevo pretor añadia de *suo* al edicto antiguo; porque cada pretor al entrar en el ejercicio de sus funciones, subia á la tribuna de las arengas, y declaraba (*edicebat*) las reglas que seguiria para la administracion de justicia. Este edicto se ponia despues por escrito inmediatamente *in albo*.

Los edictos no tenian de ordinario mas objeto que ayudar á la letra de las leyes, y suplirlas ó corregirlas; *fiebant adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratià. L.* 7. §. 1. Dig. *de Justit. et jur.* Por lo demas no era permitido á los pretores mudar directamente la ley, aunque

(1) Es decir, un año: y por esto Ciceron en su segunda Verrina, n. 42, llama al edicto del pretor « lex annua cui finem adferant kalendæ januariæ. "

siempre conseguian infringirla, al menos *indirectamente*, con el auxilio de sus ficciones.

Hay mas: no solo cometian de esta suerte atentados contra las leyes del estado, sino que tampoco hacian escrúpulo de innovar su propio edicto en el discurso del año; abandonándose á estas innovaciones con tanta mayor ligereza, cuanto que hallaban en ellas un medio seguro para favorecer á sus amigos y vejar á sus enemigos: *hoc faciebant plerumque in gratiam odiumque certorum hominum.* Dion Cass. *lib.* 36.

Para poner fin á estos abusos no se encontró otro medio que reclamar la observancia de aquel edicto célebre: *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.* No obstante, esta barrera parecia aun muy débil; y en el año 585 de Roma se estableció un senadoconsulto, que fue convertido en ley al año siguiente, para que los pretores administrasen justicia, durante el período de su magistratura, en conformidad á los edictos que hubiesen promulgado al entrar en sus destinos: *ut prætores ex edictis suis perpetuis* (*id est, per totum annum mansuris*) *jus dicerent*; ó (como dice Dion Cassio, lib. 36) *ut et statim prætores principio edicerent quo jure essent usuri, et deinde nequaquam ab eo deflecterent.*

Desde entonces el derecho pretoriano *Jus honorarium*, fue mas permanente; no se mudó ya sin necesidad, y los edictos de los antiguos pretores, casi siempre conservados por sus sucesores, formaron despues un cuerpo tan respetable de resoluciones, que se juzgaba en tiempo de Ciceron que en el edicto del pretor, y no en las XII ta-

blas, era donde debia buscarse la verdadera inteligencia de las leyes: *à prætoris edicto, non á XII tabulis, hauriendam juris disciplinam.* De legib. *lib.* 1. *c.* 5.

En esta época pues, el derecho romano comprendia *plebiscita legis actiones, jus civile ex interpretatione prudentum, et fori disputatione ortum, et edicta magistratuum.*

Con el estudio de estas leyes se formaron una multitud de ilustres jurisconsultos, cuyos trabajos enriquecieron tambien á su vez las leyes con notas y comentarios. Entonces no hay duda ninguna que la ciencia del derecho se cultivaba con esmero; y para dar una idea de ello, antes de llegar al siglo de Augusto, manifestaremos en pocas palabras con que estudios se preparaba la juventud para entrar en el de la jurisprudencia.

Desde las guerras púnicas, en cuya época las letras y las bellas artes comenzaron á ser honradas en Roma, los jóvenes empleaban sus primeros años en el estudio del griego, pasaban luego al de la gramática, retórica &c. Y cuando habian llegado ya á la edad de tomar la toga viril, se preparaban á los combates de la tribuna, donde á poco tiempo solian presentarse al lado de algun célebre personage. Otras veces principiaban sus estudios viajando á Atenas, Rodas, Mitilena ó Marsella, para perfeccionarse en estas ciudades, lejos de los placeres y de la corrupcion de Roma; ó bien seguian la carrera de las armas, sin que por esto los ejercicios militares les impidiesen entregarse á la cultura de las letras y de las artes. *Vell. Pat.* I. 13. *Suet.* in Cæsar. 36.: in August. 84.

tambien quiso dar nueva forma al derecho civil, reuniendo en un pequeño número de libros lo mejor y mas esencial que pudiera estraerse del cúmulo enorme de leyes antiguas. Su muerte prematura le impidió ejecutar este proyecto; pero Augusto lo realizó tan luego como sus reiteradas empresas y la fuerza de las circunstancias introdujeron insensiblemente la necesidad del gobierno de uno solo: *Quando per partes evenerat, ut necesse esset Reipublicæ per unum consuli.* L. 2. §. 11. Dig. *de orig. jur.*

Sin embargo, como á Cesar le habia salido muy mal el haber afectado demasiado pronto su poder supremo; y como por separado, su muerte sangrienta daba todavía pruebas é instrucciones bastantes á su sucesor para que conociese lo dificil que debia ser conservar un imperio conquistado por la fuerza, en medio de un pais libre (1); Augusto mas diestro supo conducirse con tal habilidad y prudencia, que usó del mando con buen éxito y á medida de sus deseos.

Efectivamente, fingió dejar al senado la misma autoridad que tenia antes, no hizo variacion ninguna en los títulos de los magistrados, y les conservó todas sus insignias y distintivos, para encubrir mejor sus dolosos designios. Los cónsules continuaban marchando precedidos de haces co-

immensâ diffussâque legum copia, optima quæque ac necessaria in paucissimos conferre libros voluit. *Suet.* in Jul. c. 14.

(1) Cùm in aliis plerisque, tum in hoc quoque cum Romanis, tamquam cum hominibus liberis agebat. *Dion Cass. lib.* 53.

mo en tiempo de la república, y aun Augusto se aplicó varias veces este imponente dictado. En Roma se veian los pretores, los ediles, los tribunos, los cuestores, y el pueblo no temia por su república. Pero el príncipe habia sabido reconcentrar en sus manos los diferentes poderes que intervenian en los cargos de mayor influencia; y aunque los nombres eran los mismos, *eadem magistratuum vocabula*, el antiguo espíritu nacional estaba completamente destruido; *nihil usquam prisci atque integri moris supererat.* Tacit. *Annal. lib.* 1. *c.* 3. y 4.

Las ciudadanos por lo general conocieron tanto menos el trastorno de la república, cuanto que Augusto tenia la política de no mandar cosa alguna por sí, y consultaba al pueblo cuando trataba de establecer leyes: *Veritus, ne si subitò homines in alium deducere statum cuperet, res ea sibi parum esset succesura.* Dion Cass., *lib.* 53. Mas cuando este, corrompido con las distribuciones copiosas que Augusto le habia hecho de víveres y dinero, y cuando solo pensaba en tener pan y juegos, *panem et circenses*, renunció en su favor las prerogativas mas esenciales á la gloria de los romanos: *ei, et in eum omne suum imperium potestatemque contulit.* L. 2. §. 11. Dig. *de orig. jur.*

Tambien el senado no se descuidó en desembarazarle de todas las trabas, eximiéndole por su parte de la sujecion á las leyes, y revistiéndole de atribuciones soberanas para hacer lo que quisiera (1), y no otra cosa: *in ejus acta juravit, eum-*

(1) Opóngase á esta bajeza aquel bello pasage de D...

que solvit legibus, et decrevit ut summo cum jure, omninoque et sui et legum potens, quæ vellet facere, et eorum quæ nollet faceret nihil. Dion Cass., *lib.* 53.

He aqui lo que los autores del Digesto llaman *legem regiam* (L. 1. pr. Dig. *de const. princ.*); *Augustum privilegium* (L. 1. §. 14. Dig. *de ead. toll.*); *legem Augusti* (L. 14. Dig. *de manum*); *legem imperii* (L. 3. *de testam.*); y esta ley no es otra cosa que una recapitulacion de los diversos senadoconsultos hechos en honor de Augusto, y por su interes.

Revestido, pues, de todas las magistraturas, aparentaba usar únicamente del derecho que estas conferian. De consiguiente, cuando ordenaba publicar algun edicto para las provincias, lo hacia como *proconsul*; en la ciudad obraba en *virtud del poder tribunicio*; en el ejército *tamquam imrator*, y en materias de religion *tamquam pontifex maximus*. De èsta manera parecia que todo marchaba por su orden regular.

Creó despues nuevas dignidades, para ir disminuyendo el brillo de las antiguas; y para que, multiplicadas las criaturas de su poder, fuesen mas los interesados en sostenerle.

Ultimamente, Augusto, que conocia cuanto podia temerse de la influencia de los jurisconsultos, supo discurrir tambien un medio para sacar

guesseau, tomo 1. p. 7. Las mas nobles imágenes de la divinidad, los reyes, que llama la escritura los dioses de la tierra, no son nunca mas grandes que cuando someten toda su grandeza a la justicia, y cuando añaden al título de señores del mundo el de esclavos de la ley.

de ellos una grande utilidad. Por lo mismo hizo los mayores esfuerzos para ganarlos y servirse de su reputacion, ya para barrenar la autoridad de los pretores, ya para dar á la legislacion el giro que le convenia. A este fin restringió el ejercicio de la profesion (que antes era libre y permitida á todos) únicamente á aquellos que él juzgase dignos del honor de ser jurisconsultos, dando tanta fuerza á sus respuestas, que los jueces debian conformarse con ellas. *L.* 2. §. 47. Dig. *de orig. jur.*

Entonces fue cuando los jurisconsultos principiaron á firmar sus respuestas ó consultas, y á poner su nombre al pie de sus obras. *Senec.* de Benefic. 7. 16. *l.* 2. §. 47. Dig. *de orig. jur.* Y he aqui como logró Augusto hacerles de su partido; á escepcion sin embargo del insigne Labeon (el mas sabio y famoso entre todos los jurisconsultos de aquel tiempo), á quien los elogios del mas severo de los historiadores verídicos vindicaron bastante de los sarcasmos del mas bajo de los poetas cortesanos.

Su indiferencia á los honores que le ofrecia Augusto, hizo nacer entre los jurisconsultos dos sectas, cuyos principios eran distintos en muchos puntos. Ateyo Capito, gefe de una, sostenia escrupulosamente cuanto se le habia enseñado; y Labeon, al contrario, libre por su caracter, lleno

Nullius assuetus jurare in verba magistri,

de confianza en su doctrina, y por otra parte, adornado de una multitud de bellos conocimientos, dió á luz opiniones enteramente nuevas. *L.* 2. §. 47. Dig. *de orig. jur.*

nos recuerde la autoridad absoluta de Calígula.

Bajo el imperio de Adriano la jurisprudencia se perfecciona. Imitador de Numa, pretende dar leyes á su pueblo, y con este objeto ordena la confeccion del *Edicto perpetuo.* Esta obra importante fue confiada al jurisconsulto Salvio Juliano, que se hallaba entonces de pretor.

El fin del edicto perpetuo era reunir en un volúmen todos los edictos anuales de los antiguos pretores; sin embargo, Juliano no se contentó precisamente con compilarlos, sino que en las ocasiones y lugares que le parecia oportuno, insertó decisiones nuevas, y suprimió otras como ya anticuadas, ó las adoptó bajo ciertas modificaciones. Concluido este trabajo, Adriano lo presentó al senado, quien lo aprobó sin dificultad por medio de un senadoconsulto.

Ha sido tal la autoridad de este edicto, que desde su publicacion hizo la regla fija é invariable del derecho, y por esto se le llamó *Edicto perpetuo.* Aul. Gell. 10. 15. En las provincias fue recibido con la misma aceptacion que en Roma; pero con esta diferencia, que en Roma era dominado *prætorium*, *urbanum*, *urbicum*; y en las provincias *provinciale.*

Desde la promulgacion de este edicto, no solamente los magistrados no permitieron introducir un derecho nuevo, sino que los príncipes mismos se lisonjeaban en proclamar que á nadie era lícito

consulto, pudo reemplazar la adúltera Mesalina con Agripina incestuosa. "Talia enim conjugia ad id tempus incesta habebantur." Suet. in Claud. 26. Tacit. Ann. 12. 6.

derogarle (*L. 13. C. de testam.*); que seria un absurdo apartarse de sus disposiciones (*L. 2. C. de condit. insert.*); y que en vano se reclamaria lo contrario (*L. 2. C. de succes. edict.*); que se tendria por temerario el que solicitase eximirse de las penas establecidas en este edicto (*L. 2. C. de in jus vocando*); que nada debia esperarse del príncipe cuando se le pidiesen cosas opuestas á derecho. (*L. 1. C. Hemog. de calumn.*) En fin, Paulo nos dice que ni aun habia necesidad de apelar de las circunstancias que contuviesen una violacion del edicto (*L. 7. §. 1. Dig.* de appel. recip. vel non).

Este nuevo código produjo una mudanza estraordinaria en el estudio del derecho. En vez de principiar aprendiendo las leyes de las XII tablas, ó el edicto anual del pretor, fue menester hacerlo por el estudio del edicto perpetuo; el cual no tardó tampoco mucho en llegar á ser, lo mismo que los otros cuerpos de legislacion, el objeto y asunto de infinitos comentarios de los jurisconsultos.

Adriano introdujo la gran novedad de hacer libre la profesion de la jurisprudencia, como era antes de Augusto, y concedió el derecho de consultar á todo el que *fiduciam sui haberet. L. II. §. ult. Dig.* de orig. jur.

Por último, bajo el imperio de Adriano, es innegable que la legislacion tomó decididamente otra nueva forma; pues si los emperadores habian procurado siempre, hasta entonces, hacer confirmar sus edictos por medio de algun senadoconsulto, despues no vacilaron mandar con su propia

autoridad, y sin que constase siquiera el requisito de la consulta, pudiendo decirse por lo mismo con toda verdad: *Roma est ubi imperator est.* Herodian., *hist. lib. I. c. VI.*

Desde este tiempo las constituciones de los emperadores se llamaron indiferentemente *constitutiones*, *edicta*, *decreta*, *interlocutiones*, *rescripta &c.* (1).

En el reinado de los otros emperadores hasta Diocleciano, es evidente que florecieron bastantes jurisconsultos, á pesar de los horrores de las revoluciones públicas, y de las catástrofes de los Césares. Despues fue perdiéndose poco á poco la aficion á esta ciencia, sin que hubiese ninguno que pensase en lo sucesivo restituirle su lustre y honor. Es cierto que algunos profesores enseñaban aun en Roma y en Constantinopla la jurisprudencia; pero sus esfuerzos no fueron suficientes para propagar las luces fuera de estas ciudades; por cuya razon se queja Lactancio de que entonces no existia ya ni elocuencia, ni abogados, ni jurisconsultos: *Extinctam esse eloquentiam*, *causidicos sublatos*, *jurisconsultos aut necatos aut relegatos.* Lact. *de mort. persec. c.* 22.

(1) Macrino, competidor de Heliogábalo, concibió el proyecto siguiente: »Omnia rescripta veterum principum tollere statuit, nefas esse dicens, leges videri Commodi et Caracallæ hominum imperitorum voluntates, quum Trajanus numquam libelis responderit, ne ad alias causas facta proferrentur, quæ viderentur ad gratiam composita.« Jul. *cap. in Macrin.* c. 13.

CAPITULO V.

Derecho romano desde Constantino hasta Justiniano.

La introduccion del cristianismo en el imperio romano y la conversion de Constantino, debieron producir en la jurisprudencia varias innovaciones. Con efecto, es menester atribuir á esta causa las leyes de este emperador, relativas á la permision de hacer donaciones á las iglesias (*Lib.* 1. *c. de sacr. eccles.*); la supresion de los combates de los gladiadores (*L. un. c. de gladiat*); la obligacion de celebrar el domingo (*L.* 3. *c. de feriis*); y otras muchas leyes acomodadas al cristianismo que hicieron decir: *Quod novas leges regendis moribus et frangendis vitiis constituerit, veterum calumniosas ambages resciderit, hæque captandæ simplicitatis laqueos perdiderint.* Nazarius, *in panegyr. c.* 38.

Bajo este emperador la jurisprudencia tuvo nueva vida, y se distinguieron tambien algunos sabios jurisconsultos, tales como Hermogeniano, Charisio y Julio Aquila.

No obstante, lo que hizo brillar mas esta ciencia fue la institucion de las escuelas de derecho, entre las que sobresalian con especialidad las de Berito, Roma y Constantinopla. Estas adquirieron tanto favor y proteccion, que Justiniano para conservarlas en todo su esplendor, les concedió el privilegio esclusivo de enseñar el derecho públicamente, haciendo ademas cerrar otras rivales que acababan de abrirse en Alejandría y en Cesaréa.

La de Berito era sin contradiccion la mas an-

tigua y floreciente; pues Gregorio Taumaturgo ya la llamaba en el año 248. *Urbem plane romanam, et legum romanorum scholà ornatam.* Igualmente Diocleciano y Maximiano, que vivieron en el siglo tercero, hablan de esta escuela con elogio en la *ley* 1. *c. qui ætate vel profes. excus.* En el siglo cuarto era tanta la concurrencia de discípulos, que Libanio (*orat.* 26) sentia el que los jóvenes abandonasen el estudio de la elocuencia, consagrándose esclusivamente al del derecho.

En vano, pues, esta ciudad ha sido destruida (poco mas ó menos hácia esta época) por un horrible terremoto; bien pronto salió de sus ruinas mas brillante y hermosa de lo que era anteriormente. Con efecto, Nono, que escribia en el siglo quinto, aplaudiendo el celo con que se estudiaba en Berito, llama á esta ciudad *matrem legum*; asi como Justiniano en el siglo sesto la denomina: *civitas legum veneranda, et splendida metropolis, et legum nutrix.* Otros escritores elogian tambien la numerosa y continua asistencia de los oyentes, y la profunda doctrina de los profesores; entre los que se distinguian entonces con especialidad Doroteo y Teófilo, de quienes despues se sirvió Justiniano para la formacion de su cuerpo del derecho.

Pero tanta belleza no podia durar siempre: esta ciudad tan ilustre como desgraciada, fue por segunda vez víctima de un nuevo temblor de tierra; y un incendio que le sobrevino en seguida acabó de desolarla, desalentando enteramente los esfuerzos que sus malhadados habitantes hacian para reedificarla.

Volvamos empero á Constantino, y notemos desde luego que las modificaciones que hizo en la legislacion romana, no tuvieron solo por objeto las leyes civiles, sino tambien el *derecho público*; pues dividió su imperio en cuatro grandes gobiernos ó prefecturas pretorianas. Sobre todo, merece atencion la traslacion que hizo de su silla imperial á Constantinopla; cuyo suceso seguramente facilitó á los pontífices su dominacion en Roma; y por otra parte abrió el occidente á los bárbaros, que estaban ya preparándose para derramarse como un torrente sobre las mas ricas provincias del imperio romano.

Sin embargo, nada desagradó tanto á los jurisconsultos de aquel tiempo, como las variaciones que Constantino hacia á cada paso en las leyes de sus predecesores, y el proyecto que anunció de reformar el derecho antiguo, á que todos estaban acostumbrados. Por lo mismo, temiendo los jurisconsultos que pereciesen ó cayesen en desuso las constituciones publicadas desde Adriano, trabajaron en reunirlas en diferentes códigos, con la esperanza bien fundada de que asi podrian disputarlas al tiempo y salvarlas del olvido.

Fue, pues, Gregorio ó Gregoriano el primer compilador de las constituciones que rigieron desde Adriano hasta Constantino, habiéndolas clasificado con distintos títulos; y su compilacion, aunque obra de particular, goza no obstante de grande autoridad.

Hermogeniano emprendió poco despues hacer un código, que parece ser solamente un estracto del anterior; y en él reunió con mucha exactitud

tigua y floreciente; pues Gregorio Taumaturgo ya la llamaba en el año 248. *Urbem plane romanam, et legum romanorum scholà ornatam.* Igualmente Diocleciano y Maximiano, que vivieron en el siglo tercero, hablan de esta escuela con elogio en la *ley 1. c. qui ætate vel profes. excus.* En el siglo cuarto era tanta la concurrencia de discípulos, que Libanio (*orat.* 26) sentia el que los jóvenes abandonasen el estudio de la elocuencia, consagrándose esclusivamente al del derecho.

En vano, pues, esta ciudad ha sido destruida (poco mas ó menos hácia esta época) por un horrible terremoto; bien pronto salió de sus ruinas mas brillante y hermosa de lo que era anteriormente. Con efecto, Nono, que escribia en el siglo quinto, aplaudiendo el celo con que se estudiaba en Berito, llama á esta ciudad *matrem legum*; así como Justiniano en el siglo sesto la denomina: *civitas legum veneranda, et splendida metropolis, et legum nutrix.* Otros escritores elogian tambien la numerosa y continua asistencia de los oyentes, y la profunda doctrina de los profesores; entre los que se distinguian entonces con especialidad Doroteo y Teófilo, de quienes despues se sirvió Justiniano para la formacion de su cuerpo del derecho.

Pero tanta belleza no podia durar siempre: esta ciudad tan ilustre como desgraciada, fue por segunda vez víctima de un nuevo temblor de tierra; y un incendio que le sobrevino en seguida acabó de desolarla, desalentando enteramente los esfuerzos que sus malhadados habitantes hacian para reedificarla.

Volvamos empero á Constantino, y notemos desde luego que las modificaciones que hizo en la legislacion romana, no tuvieron solo por objeto las leyes civiles, sino tambien el *derecho público*; pues dividió su imperio en cuatro grandes gobiernos ó prefecturas pretorianas. Sobre todo, merece atencion la traslacion que hizo de su silla imperial á Constantinopla; cuyo suceso seguramente facilitó á los pontífices su dominacion en Roma; y por otra parte abrió el occidente á los bárbaros, que estaban ya preparándose para derramarse como un torrente sobre las mas ricas provincias del imperio romano.

Sin embargo, nada desagradó tanto á los jurisconsultos de aquel tiempo, como las variaciones que Constantino hacia á cada paso en las leyes de sus predecesores, y el proyecto que anunció de reformar el derecho antiguo, á que todos estaban acostumbrados. Por lo mismo, temiendo los jurisconsultos que pereciesen ó cayesen en desuso las constituciones publicadas desde Adriano, trabajaron en reunirlas en diferentes códigos, con la esperanza bien fundada de que asi podrian disputarlas al tiempo y salvarlas del olvido.

Fue, pues, Gregorio ó Gregoriano el primer compilador de las constituciones que rigieron desde Adriano hasta Constantino, habiéndolas clasificado con distintos títulos; y su compilacion, aunque obra de particular, goza no obstante de grande autoridad.

Hermogeniano emprendió poco despues hacer un código, que parece ser solamente un estracto del anterior; y en él reunió con mucha exactitud

las constituciones de Diocleciano y sus cólegas.

De estas dos colecciones no se conservan mas que unos pequeños fragmentos.

Los hijos de Constantino, siguiendo el plan de su padre, trabajaron con el mayor empeño en simplificar la jurisprudencia, y en favorecer la religion cristiana que acababan de abrazar. Pero muy pronto Juliano (el apóstata), lleno de otras ideas, trastornó cuanto aquellos habian establecido, poniendo ademas en tal descrédito la ciencia de las leyes, que dejaron de estudiarla los hombres libres, y la abandonaron á los libertos (1).

Por fortuna su reinado fue corto; y los emperadores que le sucedieron hasta Teodosio el Grande, adoptaron el sistema de Constantino, y se esforzaron en hacer desaparecer todas las dificultades del derecho antiguo; aunque á la verdad, multiplicadas sus constituciones hasta lo infinito, y agregándose á las obras de los jurisconsultos que tenian autoridad en el foro (2), hicieron de la jurisprudencia un laberinto inextricable.

Teodosio el Joven y Valentiniano creyeron hallar el remedio de este mal, estableciendo (año 426) que no pudiesen citarse sino las obras de Papiniano, Paulo, Cayo, Ulpiano y Modestino; y que en vista de sus opiniones se decidiesen las causas, prevaleciendo siempre el mayor número, y caso

(1) Juris civilis scientia, quæ Manlios, Scævolas, Servios in amplissimos gradus dignitatis evexerat, libertinorum artificium dicebatur. *Mamertim. Panegyr.* 11. *cap.* 20.

(2) El número de estas obras en tiempo de Justiniano, era cerca de dos mil volúmenes, y podia componer, segun la espresion de Eunapio, la *carga de muchos camellos.*

de empate ó de igualdad de autoridades en pro y en contra, se estuviese á la de Papiniano. *L. un. C. Theodos. de respons. prudent.* No hay duda que estos emperadores se engañaban; porque se adherian menos á lo que era justo en sí, que á lo que hacia autoridad; y en caso de oposicion entre los jurisconsultos se contaban los votos en lugar de pesarse.

Sin embargo, Teodosio no desistió de su proyecto, y resuelto á reducir á un cierto punto las constituciones de los emperadores hasta su tiempo, confió esta comision á ocho jurisconsultos, entre los que se cuenta Antióco; y en el año 438 promulgó un código que se llamó *Código teodosiano*, en el cual se comprenden todas las ordenanzas desde Constantino el Grande.

A pesar de esto, el mismo Teodosio y sus sucesores hicieron despues una multitud de leyes con el nombre de *Novelas*, que se acumularon escesivamente, y volvieron á sepultar la legislacion en el caos espantoso de que con tantos trabajos habian intentado sacarla.

Tal era el estado de la jurisprudencia antes de Justiniano; estado que, segun él mismo afirma (1), habia puesto las leyes en una oscura confusion, y trastornado todo el derecho.

(1) Const. *Deo auctore*, §. 12. y la Const. *Tanta*, §. 21. c. *de vet. Jur. enucleand.*

CAPITULO VI.

Composicion del cuerpo del derecho.

Por fin hemos llegado al tiempo de Justiniano. Este príncipe nació el año 482 de Roma, y fue asociado al imperio en el de 527 por su tio Justino, que murió pocos meses despues, dejando á solo su sobrino el gobierno del mundo.

Justiniano durante un reinado de 39 años puso todo su cuidado en hacer respetar las fronteras de sus estados, pacificar la iglesia, edificar y adornar ciudades, y refundir por entero la legislacion romana.

En efecto, viendo este monarca el estado deplorable en que se hallaba la jurisprudencia, concibió el designio de reducir todo el derecho romano á un cuadro mas estrecho, y de consiguiente mas fácil de ser comprendido.

Para la ejecucion de esta vasta empresa no se descuidó en buscar los hombres de estado mas ilustres y consumados, los profesores mas hábiles de las escuelas de Berito y Constantinopla, y los abogados mas célebres por su sabiduría, y mas acreditados por su elocuencia. Al frente de ellos puso á Triboniano, que estaba condecorado con una de las primeras dignidades del imperio, y les prescribió que de los códigos ya publicados escogiesen las leyes mejores y las reuniesen en un solo volúmen, dividido en 12 libros, recomendándoles especialmente separasen lo inútil, y rectificasen lo que hubiese caido en desuso.

El resultado de este trabajo fue un código á

que dió Justiniano su propio nombre (1), *Jus Justinianeum*, como se ve por una constitucion que hizo año 529, por la cual derogó todos los códigos anteriores, y las leyes que no estuviesen comprendidas en el suyo.

Despues reflexionando que los principios de la jurisprudencia romana se hallaban reunidos mas completamente, y establecidos con mayor solidez en las obras escritas *ex professo* por los antiguos jurisconsultos, que en las ordenanzas parciales de les príncipes sus predecesores, comisionó nuevamente á 18 sabios, presididos tambien por Triboniano, para que compilasen dichas obras. Esta operacion les fue encargada el año 530 de Roma, y aunque se les concedieron diez para terminarla, fue tanto su celo y laboriosidad, que á los tres años solamente formaron aquella enorme obra, que se denominó *Pendectas ó Digesto* (2); porque en su totalidad contenia decisiones sobre todas las materias del derecho: *quod omnes disputationes et decisiones in se haberet legitimas, et quod undique esset collectum, in sinus suos recepisset. L. 2. §. 1. c. de vet. Jur. enucl.*

En seguida encargó Justiniano á Triboniano,

(1) Procopio en sus anécdotas reprocha á Justiniano por la manía de poner su nombre á todo («quod omnia à suo nomine dici voluerit). Nam (inquit) statis magistratuum formis, legumque et militarium ordinum abrogatis, alias invexit non jure, non publico commodo adductus, sed ut omnia nova, et de suo nomine dicerentur. Rei cujus statim abolendæ copia non fuisset, saltim suum indidit vocabulum."

(2) *Pandectas* significa lo mismo que *coleccion que lo abraza todo*; y *Digesto*, que las materias estan colocadas con orden y conexion entre sí.

Teófilo y Doroteo, que de los compendios de los antiguos jurisconsultos, y en particular de las instituciones de Cayo, compusiesen unos *institutos imperiales*; los cuales debian comprender únicamente los primeros elementos de la jurisprudencia: *ut illæ essent totius legitimæ scientiæ prima elementa.* Prœm. Inst. §. 4.

Esta obra, á pesar de haberse hecho y trabajado despues de las pandectas, se publicó sin embargo antes; es decir, el 21 de noviembre de 533, al paso que la otra no recibió sancion ejecutiva hasta el 30 de diciembre siguiente (casi un mes de diferencia), por una ley que mandó espresamente guardarla y observarla en el foro, y enseñarla en las escuelas.

Aunque Justiniano habia hecho el encargo especial de que no se dejase en su código vestigio alguno de las opiniones de los jurisconsultos de las diversas sectas, no tardó mucho en conocer que aun subsistian en él varios puntos dudosos y controvertibles. Asi que, para quitar hasta la menor señal de estas antinomías, promulgó en el consulado de Lampadio y Orestes 50 decisiones, *quinquaginta decisiones*, que se distribuyeron despues por los diferentes títulos de su código, en la nueva revision que mandó hacer de él. Esta revision llegó á ser tanto mas necesaria, cuanto que el mismo Justiniano habia hecho ya otras muchas constituciones que andaban sueltas; y por separado se hallaban tambien en su código algunas disposiciones, cuya reforma parecia muy urgente por los escesos y abusos que habia hecho conocer la esperiencia.

Comisionó pues nuevamente á Triboniano y á otros cuatro jurisconsultos para que corrigiesen y enmendasen su código, haciéndoles el encargo especial de que incluyesen en él las 50 decisiones de que hemos hablado, y asimismo sus leyes ó constituciones posteriores. Este nuevo código reemplazó al primero, y fue publicado el 16 de diciembre de 534, bajo el título de *Codex repetitæ prælectionis.*

Justiniano reinó aun muchos años despues de la promulgacion de este último código, y por consiguiente no debe estrañarse el que se haya visto en la precision de resolver algunas de las muchas cuestiones imprevistas que ofrece á cada instante la movilidad de las circunstancias. Y esto es lo que son sus nuevas constituciones, *novellæ consitutiones*, escritas la mayor parte en griego, y de las que pensó él mismo (1) mandar hacer una recopilacion á parte, como lo acredita su const. *Cordi nobis*, §. 4. *de emend. cod.*

He aqui todo lo que forma el famoso cuerpo de las leyes romanas; compilacion que fue tan amargamente criticada, y tan vivamente defendida, los unos no viendo en ella mas que defectos, y los otros obstinándose en sostener que solo contiene bondad y perfeccion (2).

(1) Parece que Justiniano realizó despues esta idea, segun nos lo atestigua Agathias, lib. 5. p. 140. y Paul. Diac. lib. 1. cap. 25. *Hist. Longob.* Con efecto, esta coleccion indica ser la misma que hoy hace parte del *cuerpo del derecho*, y que, distribuida en nueve colaciones, se conoce con el nombre general de *Novellæ.*

(2) Véase Franc. Hotomar *in Antitriboniano*; Balduinus *in Justiniano*; Autumnus *in censurá gallicá juris ro-*

Por lo que á nosotros toca diremos francamente que el cuerpo del derecho no está exento de faltas, y convendremos, por ejemplo, en que bien hubiera podido dársele menos estension, y distribuirle con mejor orden; pero tambien confesaremos que estos defectos son escusables en una obra tan larga y trabajosa, hecha por la mano de los hombres, y consiguientemente destinada á quedar siempre imperfecta, como lo dice el mismo Justiniano: *in nullo aberrare, seu in omnibus irreprehensibilem esse, divinæ utique solius; non autem mortalis est constantiæ seu roboris. L. 3. §. 13. C. de vet. Jur. enucleando.*

Por lo demas estos defectos no impiden que el *cuerpo de las leyes romanas* sea una fuente inagotable de razon y de doctrina; y que deba hablarse de esta obra lo mismo que de todas aquellas donde lo bueno escede notablemente á lo malo.

Ubi plura nitent in carmine, non ego paucis
Offendar maculis, quas aut incuria fudit,
Aut humana parùm cavit natura.

Horat. *Art. poet. v.* 351.

nam &c. Berthelot en su *Apologia del Derecho romano*, obra escrita con tanta facilidad y pureza como crítica y profundidad.

CAPITULO VII.

Cual fue despues de Justiniano la suerte de su legislacion.

Ahora vamos á ver en que vino á parar la legislacion de Justiniano despues de su muerte, asi en oriente como en occidente.

Es constante que el cuerpo del derecho, promulgado por este emperador, fue recibido inmediatamente en oriente, no solo en los tribunales, sino en las escuelas de jurisprudencia. Pero como la mayor parte de los jueces y de los profesores no conocian mas que medianamente la lengua latina, se sintió poco á poco la necesidad de traducir al griego las leyes que Justiniano habia promulgado en latin.

La primera traduccion que salió al público fue la de la *Instituta*. Teófilo, el mismo á quien Justiniano habia empleado en su composicion, dió de ella, en vida de este emperador, una paráfrasis griega que llegó hasta nosotros, y cuyas mejores ediciones fueron publicadas por Fabrot y Dionisio Godefroy.

Taleleo, que era igualmente contemporáneo de Justiniano, hizo tambien una version griega de las pandectas, y la cual se cita con frecuencia en las basílicas.

De las novelas, que en la mayor parte habian sido publicadas en griego, se hicieron varias versiones, y entre ellas hay una en latin por Juliano, muy exacta y elagante.

Estas traducciones estuvieron rigiendo hasta el

siglo IX, en cuya época los emperadores de Constantinopla ordenaron compendiarlas. Y con efecto, Basilio Macedon fue el primero que publicó una pequeña coleccion, año 838. que despues reformó y dió á luz con mas orden su hijo Leon en 886. Últimamente, Constantino Porfirogeneta, hermano de Leon, puso la obra en diferente estado, publicándola á principios del siglo X bajo el título de *Basílicas*.

Este código se componia de la version griega de la Instituta, de las pandectas, del código, de las novelas, de los edictos de Justiniano, y de las paratitlas y comentarios de los jurisconsultos del imperio de oriente, insertándose ademas en él algunos pasages de los padres y de los concilios. La traduccion, sin embargo, no es literal, y á veces se aparta tambien del texto; se omitieron unas leyes, se añadieron otras, y en fin, todas estan ó truncadas ó compendiadas. Si creemos lo que dice Psello, esta obra no era siquiera comprensible por los mismos griegos; *interpretatu difficile est et maximè obscurum.* Carlos Annibal Fabrot, abogado del parlamento de Aix, emprendió hacer de ella, por dictamen del canciller Seguier, una traduccion latina que publicó año 1647, y en siete volúmenes en fólio.

Las Basílicas se observaron en todo el oriente, como lo acredita la multitud de obras de jurisprudencia escritas en griego desde el siglo XI hasta el XIV, y en las cuales este código está citado y comentado. Su autoridad no cesó hasta 1435, en cuyo tiempo la toma de Constantinopla por los turcos acabó con el imperio de oriente.

En occidente muchas de las provincias habian caido ya en poder de los bárbaros; y otras, aunque en pequeño número, estaban todavía bajo la dominacion romana.

En esta regia y estaba en práctica el derecho de Justiniano, porque este emperador habia mandado observarle en todo su imperio.

En cuanto á las provincias ocupadas por los bárbaros, reservándose solo los vencedores el poder militar, dejaron generalmente á los vencidos el uso de las leyes romanas. Mas no eran á la verdad las promulgadas por Justiniano las que se observaban, sino las de los códigos gregoriano, hermogeniano y teodosiano, con la instituta de Cayo, las sentencias de Paulo, y los escritos de otros jurisconsultos; de todo lo cual Alarico, rey de los visogodos, mandó hacer (año 506) por medio de Aniano su canciller, un compendió que se llamó indiferentemente *Corpus Theodosianum* (Baluz., tomo 2. p. 474.); *Lex romana* (idem, tomo 2. p. 995. Ducange, *Glossar. hac voce*); *Breviarium Aniani.* (Véase Jac. Godefroy *in proleg. cod. Theod.* cap. 5.)

Los ostrogodos usaron igualmente de las leyes romanas, y su rey Teodorico mandó en el prefacio de su edicto la exacta ejecucion de ellas; *salvâ juris publici reverentiâ, et legibus omnibus cunctorum devotione servandis.*

Casiodoro atestigua que el derecho romano continuaba observándose en los paises conquistados, porque era tanta la humanidad de aquellos llamados bárbaros, que dejaban á los vencidos la eleccion de la ley en que querian vivir.

Segun estos principios de una política tolerante, los borgoñeses permitieron á los romanos que existian en su reino seguir en la observancia de sus leyes. Conviene juzgar á los romanos por las leyes romanas, dice Gondebaut en el preámbulo del código de Burgoña: *inter romanos verò, sicuti à parentibus nostris statutum est, romanis legibus præcipimus judicari* (véase Lindembroge, pag. 267.); y he aqui por que Papiniano compuso, á ejemplo de Aniano, un libro de respuestas, *Liber responsorum*, sacado del código teodosiano, de las novelas de este emperador y sus sucesores, y de las obras de algunos jurisconsultos, con el objeto de que pudiese servir de norma á los ciudadanos que preferian el régimen de la ley romana al de la ley gombeta.

Los francos mismos, á pesar de que tenian sus leyes (1) y costumbres nacionales, concedieron tambien á los vencidos la facultad de escoger el derecho que mas les conviniese. Asi es que Clotario ordenó que las controversias de los romanos se decidiesen con arreglo á sus leyes: *causas inter romanos controversas romanis terminari legibus.* Baluz. tomo 1. c. p. 7.

En este estado permanecieron las cosas hasta el tiempo de Carlo Magno, quien conociendo la necesidad de dar leyes á las naciones que habia subyugado, mandó (año 804) poner por escrito las costumbres de todos los pueblos de su dominacion (2).

(1) La ley sálica y la ley de los ripuarios. *Egin.* in vita Carol. Magn. cap. 29. *Baluz.* tomo 1. p. 989.

(2) Eginard, en la vida de Carlo Magno, cap. 29, nos

Nacieron de aqui las leyes de los alemanes, de los bávaros, de los lombardos y de otros muchos pueblos; cuyas constituciones fueron recopiladas con bastante erudicion por Eccard, Lindembroge, Don-Bouguet, y por otros escritores.

Aunque en aquellos primeros tiempos parece que se sirvieron los pueblos de oriente del código de Justiniano y de sus novelas mas bien que de las pandectas, no es creible, sin embargo, que estas hubiesen caido enteramente en olvido.

En occidente es opinion muy acreditada que se descubrió un ejemplar de las pandectas en el saqueo de la ciudad de Amalfi, cuya conquista hizo Lotario II en el año 1137. Este emperador le regaló á los habitantes de Pisa, en atencion á los socorros que le habian prestado para aquella espedicion, y de los pisanos pasó á los florentinos (1), donde se conserva con mucha estimacion. Irnerio, jurisconsulto aleman que habia estudiado en Constantinopla, se hallaba entonces enseñando públicamente el derecho romano en Bolonia; y de consiguiente tuvo ocasion de recurrir varias veces á este ejemplar de las pandectas pa-

asegura este hecho: «Eum nimirum omnium nationum, quæ sub ejus dominatu erant, jura, quæ scripta non erant, describi ac litteris mandari fecisse;» y de aqui un antiguo poeta tomó ocasion de decir:

Cunctorum sui regni leges populorum
Collegit, plures inde libros faciens.

(1) De aqui se tomó el nombre de *Pandectas florentinas*; y se cree generalmente que son las mas exactas que se conocen. «Cujacius persuaserat sibi florentinas Pandectas esse omnium integerrimas; proindeque eas Castiora Digesta apellavit in Coment. ad §. ult. L. 3. Dig. de acq. vel amitt. poss. lib. 54. Pauli ad edictum.»

ra rectificar y esplicar mejor sus lecciones. Tambien dicen que el mismo Lotario publicó un edicto en seguida del hallazgo de este tesoro de jurisprudencia, para que se introdujese y se estableciese su estudio en las escuelas, y se observase en todos los tribunales de su imperio. Véase sobre toda esta historia *Sigonius* de Regn. Ital. lib. 9. *Henry Brenkman*, de Amalphi à Pisanis direpta, §. 24. p. 65.; y el cardenal de Ostia *in cap.* 1. *pr. X. de testam. n.* 2.

Lo cierto es que desde esta época el derecho romano se enseñó en todas las universidades de Europa, y que paulatinamente fue atestándose de notas y escolios por una multitud de doctores, cuyos trabajos aprovechó despues Acursio, reuniéndolos en una sola glosa, que gozó por esta causa de gran celebridad y aprecio. Su crédito fue aun mayor que el del texto mismo, segun atestiguan muchos autores, y con especialidad Fulgorio, el cual en una nota sobre la ley 6. *Cod. de oblig. et act.*, no vacila afirmar que él prefiere la glosa al texto: *volo enim pro me potius glossatorem quam textum.* En el dia está en un total descrédito esta glosa.

No satisfechos los jurisconsultos con comentar únicamente el cuerpo del derecho, trataron de darle otra division, creando aquella diferencia que los modernos no han querido adoptar: *Digestum vetus*, *infortiatum et novum.*

Compendiaron ademas las novelas, poniéndolas en forma de notas al margen de las mismas leyes que ellas variaban ó modificaban; y estos estractos ó compendios tambien se insertaron des-

pues en el código, bajo el título de *Auténticas*; á pesar de que en muchos lugares no reproducen fielmente el sentido del texto.

Por último, la invasion de los bárbaros produjo el sistema de los feudos, sistema que habiéndose multiplicado, introdujo una infinidad de costumbres nuevas que pusieron por escrito tres senadores de Milan, y agregaron al cuerpo del derecho con el nombre de *Consuetudines Feudorum*.

Tales fueron los trabajos de los jurisconsultos que florecieron en los siglos XII y XIII.

Vivieron en el siglo XIV Bartolo, Baldo, Tartaño, Saliceto, Pablo de Castro, Jason &c., los cuales tampoco se contentaron con poner notas al cuerpo del derecho, sino que le comentaron con mas orden y estension. Pero aunque sus escritos ofrecen observaciones admirables y decisiones de gran talento, no podemos menos de confesar que se encuentran tambien en ellos muchas inepcias, absurdos y puerilidades; bien es verdad que estas faltas son hijas de un siglo en que los amantes del saber carecian, asi para el fondo de las materias como para el lenguage, de los socorros que mejores estudios y un conocimiento mas exacto de la historia, de la filosofia y de la crítica presentaron con tantas ventajas á las generaciones posteriores.

Efectivamente, en el siglo XVI es cuando se observa que la jurisprudencia salió del caos, debiendo su esplendor á las obras de Cuyacio (1),

(1) Cuyacio fue sin contradiccion el primero de los intérpretes del derecho; él introdujo una manera nueva de tratarlo y comentarlo. Por lo mismo la jurisprudencia ro-

Pithou, P. Fabio, Fr. Otomano, y otros muchos sabios. Mas si este siglo tuvo sus ventajas, tuvo tambien sus inconvenientes. El gusto de las letras, perfeccionando el ingenio de los comentadores, les dió al mismo tiempo mayor sutileza; de suerte que, á escepcion de un corto número, se ve que todos los autores que trabajaron sobre el derecho romano no emplearon el tiempo y sus tareas sino en correr tras de quimeras, en crearse monstruos para tener el placer de combatirlos, y en buscar antinomías, de ordinario imaginarias, solamente por aparecer diestros y sutiles, y para que se dijese de ellos que habian descubierto lo que ni siquiera les habia ocurrido pensar á los glosadores de otras edades. *Commentis veritatem obruunt*, dice Duareno, *quod aliquid paulò argutius nec ab aliis ante excogitatum in medium adduxisse videantur.*

Por fortuna este mal gusto tuvo su término; y el estilo de los jurisconsultos fue en lo sucesivo mucho mas culto. Dionisio Godefroy en 1583 publicó una edicion del cuerpo del derecho, que forma época; pues su texto fue adoptado por leccion comun en las universidades y tribunales. Por separado la adornó y adicionó con notas, que son una obra maestra de ciencia, de crítica, de precision y de elegancia; por cuyo motivo mereció ser llamado por d'Aguesseau, *el mas docto y profundo de todos los intérpretes de las leyes civiles.*

mana llegó á ser desde entonces mas elegante, *elegantior*; y [illegible] nos enseña que esta jurisprudencia, mejor estudiada y mas cultivada, se llamó *Jurisprudencia Cujaciana.*

Pothier trabajó despues sobre un plan nuevo: en vez de comentar servilmente el texto de las leyes romanas, las puso en mejor orden, asignándoles divisiones mas naturales; y esto prueba que un método donde todo se halle exactamente ligado, será sin duda el mejor medio de ilustrar lo que es oscúro ó confuso. *Tantum series juncturaque pollet!* Heinecio llevó aun mas adelante esta brillante empresa: lleno de mejores ideas y de luces, y manejando como maestro la materia, colocó cada parte del derecho en sus primeros elementos; y procediendo al modo de los geómetras, redujo la jurisprudencia á su mas simple espresion, formando con sus axiomas una cadena cuyos eslabones estan todos unidos con aquella exactitud y orden de que dimana su principal fuerza.

CAPITULO VIII.

Derecho romano en el siglo XIX, y de su autoridad.

Tal era el estado de la jurisprudencia romana á fines del siglo XVIII.

Estalló luego una revolucion terrible: su primer esfuerzo se dirige contra las leyes. Quedaron destruidas las antiguas instituciones; y las escuelas de derecho dejaron de existir. De esta suerte se sepultaron en el silencio las leyes romanas y las de la antigua Francia, reemplazando su lugar una multitud de otras nuevas que se sucedian sin consecuencia, y se mltiplicaban sin razon. *Corruptissimà republicà plurimæ leg.* Tacit. *Annal. III.* 28.

Comienza empero un siglo mas feliz: *Magnus ab integro sæculorum nascitur ordo.* El orden sucede al caos; un gobierno firme sale del seno de la anarquía; sólidos edificios se levantan sobre las ruinas; todo renace, y la Francia asegura su imperio con la sabiduría de sus leyes. Restablécense las escuelas de derecho, y un gran número de discípulos las frecuenta. En ellas se enseña el código de Napoleon; mas ya uno de sus redactores tenia presentido que jamas llegaria á entenderse profundamente si no se le auxiliaba con otros estudios; y he aqui como se mandó que las leyes romanas entrasen tambien en el plan de instruccion pública, haciendolo parte de le ciencia legal.

Cuanto á su fuerza y autoridad, es evidente que si las leyes posteriores derogan las anteriores, las *novelas* deberian preferirse al *código*, lo mismo que la *instituta* á las *pandectas*. No obstante, algunos opinan que las *instituciones* y las *pandectas* recibieron fuerza de ley á un tiempo, y en este caso se sigue que ambos códigos tendrán igual autoridad, y que no se derogarán entre sí.

Los fragmentos que existen de los *códigos gregoriano*, *hermogeniano* y *teodosiano*, aunque muy útiles para la interpretacion del derecho, no pueden citarse tampoco para la decision de las causas sin cometer el crimen de falsedad. *L.* 2. §. 19. *C. de vet. jur. enucl.*

Las *auténticas* eran obra de particulares, y de consiguiente no tienen fuerza obligatoria; de igual manera que en Europa solamente serán reconocidas con autoridad aquellas leyes de Justiniano ó de otro legislador, que fuesen aprobadas, *recibi-*

das y adoptadas por sus respectivos soberanos. *Leges ad imperante latæ, solos obligant subditos, non exteros.*

Por lo demas, diremos con Bossuet: si las leyes romanas han parecido tan santas que su magestad subsiste aun despues de la ruina del imperio, es porque el buen sentido, principal maestro de la vida humana, reina en ellas, y porque no se ha hecho en parte alguna mejor aplicacion de los principios de la equidad natural. *Hist. univ.* p. 579.

En fin, leyes tan estendidas como durables, se puede decir con el canciller d'Aguesseau, todas las naciones las consultan aun en la época presente, y cada uno recibe de ellas respuestas de eterna verdad. Poco es para los jurisconsultos romanos haber interpretado la ley de las XII tablas y el edicto del pretor; ellos son ademas intérpretes seguros de nuestras propias leyes; ellos prestan, por decirlo asi, su espíritu á nuestros usos, su razon á nuestras costumbres; y por los principios que nos dan nos sirven de guias, aun cuando marchamos por un camino que les fue desconocido. *Tomo* 1. *pag.* 157.

Procurad pues, jóvenes estudiosos, penetraros bien de esas preciosas reglas; aprovechaos del estudio de las leyes romanas para la mejor inteligencia de las nacionales; y trabajad dia y noche para haceros capaces de ser útiles á vuestra patria, á vuestros amigos y á vosotros mismos. *Pergite, ut factis, adolescentes, atque in id studium in quo estis, incumbite, ut et vobis honori, et amicis utilitati, et reipublicæ emolumento esse possitis.* Cic. 1. *de Orat.*

CATÁLOGO

DE LIBROS SOBRE DERECHO ROMANO (*).

---

* Cartas sobre la profesion de abogado, por MM. *Camus* y *Dupin*, en frances. Paris, 1818, 2 vol. en 8º

* Manual del legista ó coleccion de diversos opúsculos de Jurisprudencia. Madrid, en la librería de Sanz, 1829, un tomo en 8º

La República romana ó Plan general del antiguo gobierno de Roma, por *Beaufort*, en frances. Paris, 1767, 6 vol. en 12º

* *Gothofredi*. Manuale juris, seu parva juris mysteria, ubi quatuor sequentia continentur: 1º Juris civilis romani historia: 2º Bibliotheca: 3º Florilegium sententiarum; Series librorum et titulorum in Digestis et in Codice. Parisiis, 1806, en 8º

* Joan. Vinc. *Gravinæ*. Origenes juris civilis, seu de ortu et progressu juris civilis. Venetiis, 1758, en 4º

Espíritu de las leyes romanas, de *Gravina*, traducido al frances por Requier. Paris, 1766, 3 vol. en 12º

(*) Las obras mas útiles van señaladas con un asterisco *.

* Jo. Gott. *Heineccii* Antiquitatum Romanorum jurisprudentiam illustrantium syntagma. *Francof*, 1771, 2 vol. en 8º

* Ejusdem Historia juris civilis romani ac germanici, cum observationibus J. Dan. Ritterii et Jo. Martini Silverradii notis. *Argentor.* 1751, en 8º

Jo. Fr. *Eisenhart* Institutiones historiæ juris litterariæ. *Helmstad*, 1752, en 12º

Historia del derecho romano, por Claudio José de Ferriere. *Paris*, 1718, en 12º

J. A. *Bachii* historia jurisprudentiæ romanæ, cum observat. nov. ed. Aug. C. Stockmann. *Lipsiæ*, 1806, en 8º

Compendio histórico y cronológico del derecho romano, con notas é ilustraciones, traducido del ingles al frances por M. Boulard. *Paris*, 1793, en 12º

* Compendio histórico del derecho romano desde Rómulo hasta nuestros dias por A. M. J. J. Dupin. (Incluso en el Manual del legista arriba indicado, y en la presente edicion de las Recitaciones).

* Introduccion al estudio del derecho romano, ó sea compendio de su historia, estractado de los elementos del derecho romano de Makeldey, catedrático de leyes en la universidad de Bonn, traducido al frances de la sesta edicion alemana; y ahora al español con algunas correcciones, y aumentado con un capítulo, en que se manifiesta el origen, progresos é influencia que ha tenido el derecho romano en la jurisprudencia patria: por D. L. Collantes Bustamante. *Madrid*, librería de Miyar, 1829, un tomito en 8º

* Tratado de las Antigüedades romanas de

Alejandro Adam, reducido á lo mas útil para la inteligencia de los autores clásicos latinos, y del derecho civil. *Madrid*, 1828, un vol. en 8º

Joannis *Laurentii Lydii*, de magistratibus reipublicæ romanæ, libri III. *Lugd. Bat.* 1812, en 8º

Paulli Minutii Antiquitates romanæ. Los tratados particulares *de legibus*, *de senatu*, *de comitiis romanorum* y *de civitate romanà*, se hallan en el Thesaur. antiquit. romanar. *Jo. Ge. Grævii*, t. 1 — 2.

Car. *Sigonii*, de antiquo jure populi romani, libri XI. La mejor edicion de este precioso libro se halla en las *obras* del mismo. Mediolani, 1736, tomo V.

Amundi *Rivallii*, historiæ juris civilis, libri V. *Valentiæ*, 1515, en 8º

Ge. *Schubart*. De fatis jurisprudentiæ romanæ. *Jenæ*, 1696, 8º

Ant. *Terrasson*, Historia de la jurisprudencia romana. Paris, 1750, en fólio.

Historia del derecho romano por *Berriat-Saint-Pris*. Paris, 1821, en 8º

Jo. Henr. *Chr. de Selchow*, Elementa juris romani ante justinianei. *Gœtt.*, 1778, en 8º

C. G. *Heyne*, Antiquitas romana, imprimis juris romani. *Gœtt.*, 1779, en 8º

J. D. Fuss, Antiquitates romanæ. *Leodii*, 1820, en 8º

Jos. Tosc. *Mandatorii*, Juris publicii romani arcana, sive de causis romani juris *Neap.*, 1782, 4 vol.

Dictionarium juridicum, in quo Barn. *Bris-*

sonii de verborum significatione opus in meliorem ordinem redactum, cum accesionibus pluribus J. Gottlieb. Heineccii, præfatione Justi Henningii Boehmeri; edente Jo. Chr. Gottliel. Heineccio. *Halæ-Magdeburgicæ*, impensis Orphanotrophei, 1744, en fólio.

Lexicon juridicum, ex Brissonio, Hotomano et Cujacio. *Genevæ*, 1615, en 8º

Fr. *Balduini.* Libri II in leges Romuli et XII tabularum. *Basil.*, 1559, en 8º

Pardulphi *Pratei*, jurisprudentia vetus, sive Draconis et Solonis, necnon Romuli, Romanorum regis, ac XII. Tabularum leges collectæ interpretatæque. *Lugd.*, 1559, en 8º

* Comentario sobre la ley de las XII tablas, por Bouchand, *Paris*, 1800, 2 vol. en 4º

Quatuor fontes juris civilis, sive leges XII tabularum cum earundem, etc.; legis Juliæ et Papiæ fragmenta; edictum perpetuum; librorum sabinianorum ordo ac series, edente J. Gothofredo. *Genevæ*, 1653, en 4º

* Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Jac. Gothofredi; præmittuntur chronologia acuratior, chronicon historicon et prolegomena; subjiciuntur notitia dignitatum, prosopografia, topographia, index rerum et glosarium nomicum, opera et studio Ant. Marvillii. Editio nova, collata cum antiquissimo codice manuscripto Wurceburgensi et libris editis; iterum recognita, emendata, variorumque observationibus aucta quibus adjecit suas Jo. Dan. Ritterus. *Lipsiæ*, 1745, 6. vol. en fol.

* Leges Novellæ V, anecdotæ, imper. theo-

dosii junioris et Valentiniani tertii, cum cæterarum etiam novellarum editarum titulis et variis lectionibus ex codice Ottoboniano, quibus accedunt aliæ Valentiniani tertii constitutiones jam editæ quæ in Cod. Theodos. desiderantur; ac tandem lex romana, seu responsum Papiniani, titulis, anecdotis, variisque lectionibus auctum, studio Joan. Chr. Amadutii *Romæ*, 1767, en fol.

* Institutiones Justiniani cum rubro-nigris litteris. *Amst.* Elzevirio, 1676, en 24.

Codex *Justiniani* imperatoris, repetitæ prælectionis, cum glossis. *Moguntiæ* per Petrum Schoyffer, 1475, VII. kal. februarias, en fol.

Digesti veteris libri XXIV, cum glossis. Henr. Clayn, in urbe *Perusia* hunc librum diligenter impresit, anno Domini, 1476, en fol.

Digestum infortiatum, cum glossis. *Romæ*, Vitus Puecher, 1475, en fol. — Digestum novum cum glossis. *Romæ*, apud sanctum Marcum, 1476.

* Authenticæ et tres posteriores libri Codicis cum glossis. Anno 1477, in civit. *Moguntia*, Petr. Schoyffer, de Gernsheym.

Digestum vetus, infortiatum, novum. *Lugduni*, Joh. Syber, 1482 — Eadem et Juris civilis volumen. *Mediolani*, Joh. Aut. de Honate, 1482.

Digestorum seu Pandectarum libri L. ex editione Gregorii Haloandri. *Norimb.* 1529, en 4º.

Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta, ex Pandectis Florentinis repræsentati. *Florentiæ*, Torrentinus, 1553, en fol.

Impp. Justiniani, Justini, Leonis novellæ constitutiones, Justiniani edicta; ex Bibliotheca

ilustris viri Huldrici Fuggeri. . . . . publicæ commoditati dicantur. Justiniani quidem opus antea editum sed nunc primum ex vetustis exemplaribus studio et diligentia Henrici Scrimgeri Scoti restitutum atque emendatum et 23 constitutionibus quæ desiderabantur auctum. Cui et edicta ejusdem imperatoris non prius edita, tanquam corollarium accesserunt. Justini autem et Leonis constitutiones. . . . . numquam antea in lucem prolatæ. Anno 1558. Excudebat Henricus Stephanus Huldrici Fuggeri typographus, in fol.

Joannis Hier. Hermani Historia corporis juris Justinianei. Ienæ, 1731, en 8º

* Corpus juris civilis: editio nova prioribus correctior. *Amstel.* Daniel Elzevir, 1664, 2 vol. en 8º

Corpus juris civilis academicum. *Altembourg*, 1721, en 4º

Corpus juris civilis cum glossis. *Paris*, 1576, 5 vol. en fol.

* Pandectæ Justinianeæ, cum legibus Codicis et Novellarum quæ jus Pandectarum confirmant, auctore R. J. Pothier. Parisiis et Carnuti, 1748, 3 vol. en fol.

Jac. *Labitti* Index legum quæ in Pandectis continentur. Parisiis, 1577, en 8º

* Repertorium sententiarum et regularum, itemque definitionum, dictionum denique omnium ex universo Juris corpore collectarum; á P. C. Brederodio. *Francof.*, 1587, en fol.

Præclarus et insignis tractatus docens modum legendi abbreviaturas utriusque censuræ. *Parisiis*, 1514, en 8º

Joh. Ludolphi *Waltheri* Lexicon juridicum

indices utriusque juris corporis tam civilis quam canonici exhibens locupletissimos, cum præfatione Georgii Henr. Ayreri. Gættingæ, 1744, en 8º

* *Theophili.* Institutiones, latinè, ex Versione Jac. Curtii. *Antuerpiæ*, 1536, en 8.º

Theophili. Institutiones, græcè et latinè, cura Car. Annib. Fabroti. Parisiis, 1638.

Edm. *Merilli* commentarius ad instituta, cum præfatione Trotz. *Traj.* ad Rhenum, 1739, en 4º

Ja. A *Costa.* Comentarius ad institutiones Juris civilis: edente Cujacio. Parisiis, 1659, en 4º

Ant. Dad. *Alteserræ* brevis et enucleata expositio in Institutionum Justiniani libros IV. *Tolosæ*, 1664, en 4º

J. *Boscageri.* Series Institutionum Justiniani. *Parisiis*, 1707, en 12º

J. *Harpprechti.* Comment. in quatuor libros Institutionum. *Tubingæ*, 1567, en 4º

* Jo. Gott. *Heineccii.* Elementa Juris civilis secundum ordinem Institutionum. *Franekeræ*, 1725, en 8º (Los hay traducidos al castellano y anotados.)

Justiniani institutionum, libri IV, ed. J. F. Berthelot. *Lut. Parisior.*, 1809, 2 vol. en 8º

Heineccii Dictata ad Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum. Berolini, 2743, en 8º

Ejusdem Observationes theorico-practicæ ad Institutiones. *Francof.* Strauss, 1763, en 8º

Ejusdem Explanatio elementorum ad Instituta juris civilis. *Græcii*, 1786, 4 vol. en 8º

* Ejusdem Recitationes in Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum. *Uratisl*, 1773, en 8º

Fr. *Hotomani*, Comment. in quatuor libros Institutionum. *Basileæ*, 1569, en fol.

* Arn. *Vinnii*. Comment. in quatuor lib. Institutionum. Antuerp. 1692, en 4º

Fr. Caroli *Conradi*. Oratio de jurisprudentia regulari Romanorum et de veterum jurisconsultorum studiis circa regulas juris. *Wittembergæ*, 1728.

Ever *Bronchorstius*, de regulis juris. *Francofurti*, 1607.

Hub. *Giphanius* de regulis juris. *Francofurti*, 1606, en 12º

Justi Henning *Boehmeri*. Exercitationes ad Pandectas, in quibus præcipua Digestorum capita explicantur; curâ filii D. Georg. Lud. Boehmeri. *Hanov.* et *Goett.* 1745. — 1764, 6 vol. en 4º

Guil. *Budæi*, Annotationes in Pandectas. *Basil.* 1557, en fol.

Arn. *Corvini à Belderen*. Digesta per aphorismos strictim explicata: editio auctior. *Francof.* 1697, en 8º

Cujacii Paratlita in Pandectas. *Francof.* 1615.

* Jo. Gottl. *Heineccii*. Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum. *Francof.* 1769, 2 vol. en 8º

* Ejusdem Heineccii observationes theorico-practicæ ad Pandectas. *Berolini* 1760.

Wolfgang ad Lauterbachii collegium theorico-practicum ad Pandectas. Tubingæ, 1690, 3 vol. en 4º

Aug. *Leyseri*. Meditationes ad Pandectas. *Lipsiæ*. 1747, 11 vol. en 4º

* Ant. *Perezii* Annotationes in Codicem. Lovanii 1642, 2 vol. en 4º

Ejusdem Annotationes in Pandectas. *Amst.* 1669, en 4º

Diod. *Tuldeni.* Comment. in Institut. Pandectas et Codicem. *Lovanii.* 1702, 5 vol. en folio.

Guill. *Marani* opera omnia, seu paratitla digestorum et varii tractatus juris civilis: recensuit Chr. Henr. Trotz, *Traj. ad Rhenum*, 1741, en fol.

J. *Voetii.* Comment. ad Pandectas. *Hagæ* 1697, 2 vol. en fol.

Zoesii. Comment. in Pandectas et Codicem. Lovanii, 1682, en fol.

Petri et *Pithæorum*, Observationes ad Codicem et Novellas Justiniani, ex editione Cl. Pelletier et Fr. Desmares. Parisiis, ex typ. regia, 1689, en fol.

P. *Gudelini.* Commentariorum de Jure novisimo, libri VI. *Argentorati*, 1669, en 4º

Huberti *Giphanii.* Oeconomia juris, sive Expositio methodica librorum ac titulorum Juris civilis. *Argentorati*, 1612, en 4º

Nova et methodica Juris civilis tractatio; auct. Claud. — Jos. de Ferriere. *Parisiis*, 1734, 2 vol. en 12º

Epitome Juris et Legum Romanorum; auct. Barriga de Montvalon. *Tolosæ*, 1786, en 12º

Alberici *Gentilis.* De Juris interpretibus Diologi VI. *Londini*, 1582, en 4º

Tractatus de finibus regendis civitatum, castrorum ac prædiorum, tam urbanorum quàm rusticorum Hieronymo de Monte Brixiano, auct. *Venetiis*, 1562, en 4º

Rei agrariæ auctores legesque variæ, cura Will. Goesii, una cum Nic. Rigaltii notis et observationibus, necnon glosario ejusdem. *Amst.* 1674, en 4º

Juris civilis concinniori ordine recens Digesti; auct. Jo. Imbert. Pictavii, 1558, en 4º

De Juris ratione et rationis imperio; auctore Michaël Gonel de *Luna y Arelláno.* Matriti, 1630, en 4º

Joannis *Gryphiandri* de insulis tractatus, ex Jurisconsultis politicis, historicis et philologis, collectus; in quo plurime cognatæ quæstiones de mari, fluminibus, lacubus, littoribus, portubus, aquæductibus, aggeribus, navigationibus, alluvionis alveique incremento excutiuntur. *Francofurti*, 1624, en 4º

Tractatus de arbitris et compromissis, *Lanfranci de Oriano*, additis multis aliis quæstionibus doctorum, et additionibus Benedicti *de Vadis*, de foro simpronii. — Accesserunt de differentiis inter arbitrum et arbitratorem, *Bapt. à S. Biasio.* — De arbitris et arbitratoribus, Pet. Jac. à *Montepessulano.* — Quæstiones Bartholi in materiam arbitrorum cum additionibus. *Lanfranchini.* — De oppositione compromissi et de ejus formâ, *Jac. Butrigarii.* — De alienatione judicii mutandi causa factâ, deque litigiosis et actionum cesionibus. Adr. *Pulvæi.* Coloniæ-Agrippinæ, 1590, en 8º

Joannis à Someren, tractatus de jure novercarum. Trajecti ad Rhen., 1668, en 8º

Tractatus duo *de Compensationibus*; primus, Sebastiano Medico, alter á Tyndaro. Francofurti, 1574, en 8º

Helfrici-Ulrici Hunnii de rerum æstimatione tractatus. *Giessæ*, 1616, en 4º

Comentarius ad titulum *de Evictionibus* 45, lib. 8. Cod., auctore Fr. Calletio. *August. Pictonum*, 1627, en 8º

Joannis Copi de fructibus, lib. IV. *Parisiis*, 1535, en 4º

De extensione Legum, tàm in genere quàm in specie, tractatus amplissimus; auctore *Alphonso Villagut*, neapolitano. Venetiis, 1602, en folio.

De ratiociniis administratorum et computationibus variis aliis tractatus, auct. Fr. Muñoz de Escobar. Francofurti, 1618, en 4º

Penus juris civilis, ex quâ possis depromere, quidquid usquàm in jure civili ad rem alimentariam faciat; cum variis jurisprudentum responsis, nova interpretatione ilustratis; Stephano Forcatulo auctore. Lugduni, 1550, en 4º

Adriani *Pulvei* de nuptiis sinè parentum consensu non contrahendis, liber singularis. Parisiis, 1557, en 8º

Juliani *Pelei*. . . . . quæstio nobilissima de solutione matrimonii ex causâ frigoris publicè tractata et judicata. *Parisiis*, 1602, en 8º

— Ejusdem quæstio singularis, de solutione motrimonii ob defectum testium apparentium, in senatu tractata et judicata. *Parisiis*, 1602, en 8º

* Antonii *Augustini* Emendationum et opinionum juris civilis, libri IV. *Lugduni*, 1574, en 8º

Jos. *Averanii*. Interpretationum Juris, libri II.

Lugd. Batav., 1736, 2 vol. en 8º—Libri V. *Lugduni*, 1758, 2 vol. en 4º

Barnabæ *Brissonii* de Formulis et solemnibus populi romani verbis libri VIII. *Mog.* 1649, en 4º — Curâ Fr. Car. Conradi. *Halæ* et *Lipsiæ*, 1731, en fol. — Auctiores curâ Jo. Aug. Bachii. *Lippsiæ*, 1754, en fol.

Ejusdem Antiquitates ex Jure civili selectæ. Antuerpiæ, 1585, en 8º

Ejusdem Barn. *Brissonii* Opera varia; constinens selectarum ex jure antiquit., lib. IV; de ritu nuptiarum librum singul. Ad legem. Jul. de adulteriis; de solutionibus et liberationibus etc. *Lugd. Batav.* 1747, en fol.

Guil. *Budæi* Opera omnia. *Basileæ*, 1557, 4 vol. en fol.

* Corn. *van Bynckershoeck*, Opera omnia. *Lugd. Batav.* 1767, 2 vol. en fol.

Antonii *Contii* Opera omnia, collecta studio Edmundi Merillii. *Neapoli*, 1725, en fol.

* Jacobi *Cujacii* Opera omnia in decem tomos distributa; opera et cura Caroli Annibalis Fabroti jurisconsulti. *Lutet Parisiorum*, 1658, 10 vol. en fol.

Edm. *Merillii* Variantes Cujacii interpretationes et defensæ lectiones Florentinæ. *Parisiis*, 1638, en 4º

* Fr. *Duareni* Opera omnia. Lucæ, 1765, 4 vol. en fol.

* *Ant. Fabri* Opera omnia, 10 vol. en fol. *Scilicet*, Jurisprudentiæ Papinianæ scientia. *Lugduni*, 1658, un vol. De erroribus pragmaticorum et interpretum juris. *Ibid.* 2 vol. Commentarii in

Pandectas, *Ibid.* 1959, 5 vol. Codex Fabrianus. *Ibid.* 1661, un vol. Conjecturæ juris civilis. *Ibid.* eod. anno, un vol.

Hieronymi *Borgiæ* Investigationes juris civilis, in conjecturas Ant. Fabri. *Neap.* 1678, 2 vol. en fol.

Casp. *Schifordegheri*, Disputationum forensium ad Fabrum lib. III. *Francof.* 1613, en folio.

Scipionis *Gentilis* jurisconsulti et antecessoris Norici Opera omnia. *Neapoli* 1763 — 1769, 8 vol. en 4º

Hub. *Giphanii* antinomiarum juris civilis lib. VI, 1605, en 4º; accedunt ex toto jure objectiones et responsiones in certum ordinem redactæ á Conrado Olemanno. *Francofurti*, 1666, en 4º

* D. *Gothofredi* Immò, *hoc est* conciliatio legum in speciem pugnantium quas in notis ad Pandectas juris civilis, D. Gothofredus verbum *immò* usurpando, indicare atque arguere, omissa plerumque sulutione assueverat: discussis contrariorum tenebris, evolvit et in concordiam adduxit Georg. Adam. Struvius. *Francof.* 1695, en 4º

Nicolai *de Passeribus* Conciliatio legum quæ in toto corpore Juris civilis sibi contrariari videbantur. *Francof.* et *Lips.* 1685, en 4º

Antinomiarum juris dissolutiones; de figuris juris opusculum; de argumentis legum tractatus; à Joanne Bellono. *Lugd.* 1551, en 18º

Mercerii jurisconsulti Conciliator, sive ars conciliandorum eorum quæ in jure contraria vi-

dentur, utendique iis quæ verè contraria sunt. *Biturigis*, 1597, en 12º

Hieronymi *Treutleri*, Icti selectarum disputationum ad jus civile Justinianeum, 50 libris Pandectarum comprehensum, edit. 5ª *Francofurti*, 1620 _ 1624, 3 vol. en 4º

Notæ et animadversiones ad *Disputationes* Hieron. *Treutleri*, auct. Reinhardo Bachovio. Hesdelbergæ, 1619, 3 vol. en 4º

Siegm. Reich. *Jauchii*, J. C. Misenensis Meditationes criticæ de negationibus, Pandectis Florentinis, partim rectè vel malè jam adjectis aut detractis vel circumscriptis. *Amst.* 1728, en 8º

Jacobi *Gothofredi* opuscula varia juridica, politica, historica, critica. *Genevæ*, 1654, en 4º

Opuscula juris varia. Epitome Feudorum, Novellarum; titulorumque institutionum, titulorumque in Pandectis et Codice, Methodica ..... Delineatio et observatio, auctore Dionysio Gothofredo. *Parisiis*, 1586, en 8º

Jo. Gottfridi *Sammet*, receptarum lectionum ad Jauchium, lib. I et II. *Lips.* 1749, en 4º; III et IV, *ibid.* 1750, en 4º et sub nomine libri singularis, *ibid.* 1750, en 4º

Hug. *Grotii*, Florum sparsio ad Jus Justinianeum. Parisiis, 1642, en 4º

* Jo. Gottlieb. *Heinecii*, Opera ad universam jurisprudentiam, philosophiam et litteras humanores pertinentia. *Genev.* 1744, et ann. seqq. 8 vol. en 4º _ 1771, 9 vol. en 4º

Fr. *Hotmani* Opera. *Colon. Allobr.* 1599, 3 vol. en fol.

Ant. *Merendæ* Controversiarum juris libri XXIV. *Venetiis*, 1606 en fol. — Præfationem adjecit C. Robert; recognovit Jo. Mich. van Langendonck. *Bruxellis*, 1746, 4 vol. en fol.

Sam. *Coccei* jus civile controversum. Francofurti, 1753, 2 vol en 4º

Joh. *Passeratii* De litterarum inter se cognatione et permutatione ad veram Pandectarum cognitionem. Parisiis, 1606, en 8º

Jo. Corn. *Ruckeri* liber singularis de civili et naturali temporis computatione; observationes et interpretationes. *Lugd. Batav*, 1749, en 8º

Sam. et Jo. Sam. *Stryckii* Opera omnia. Ulmæ, 1755, 16 vol. en fol.

* Arnoldi *Vinnii* Quæstiones Juris. Lugd. Batav. 1653, en 8º

Ejusdem Quæstiones juris cum tractatibus de pactis, jurisdictione, collationibus et transactionibus. *Trajecti ad Rhenum*, 1722, en 4º

Ejusdem, jurisprudentiæ contractæ seu partitionum juris civilis lib. IV. *Amst.* 1614, en 4º — Cum tractatibus de Pactis, etc. *Lugduni*, 1748, en 4º

Tractatus universi juris, duce et auspice Gregorio XIII, P. M. in unum congesti. . . . XVIII materias 25 voluminibus comprehendens. Venetiis. 1584, 18 vol. en fol. y 4 vol. de indices de materias.

Jurisprudentia Romana et Attica, continens varios commentatores qui jus Romanum, Atticum, item classicos aliosque auctores veteres emendârunt, explicârunt, illustrârunt: cum præfatione Jo. Gottl. Heineccii. Tom. I. *Lugd. Batav.*

1738, en fol. Tom. II. *ibid.* 1739. Tom. III, cum præfatione Petri Wesselingii, *ibid.* 1741, en fol.

Thesaurus Juris Romani continens rariora meliorum interpretum opuscula, in quibus jus Romanorum emendatur, explicatur, illustratur etc. ed. Ev. Ottone. *Lugd. Batav.* 2725, 4 vol. en fol. — Traj. ad Rhen. 1733 — 1735, 5 vol. en fol.

Novus Thesaurus juris civilis et canonici ... ex collectione et museo Gerardi Meermanni. *Hagæ Comitum*, 1751 — 1753, 7 vol. en fol.

Supplementum novi Thesauri juris civilis et canonici; post patris obitum eddidit et præfactione instruxit Jo. L. B. de Meerman. *Hagæ Comitum*, 1780, en fol.

Praxis civilis, antiquis et recentioribus auctoribus, Germanis, Italis, Gallis, Hispanis, Belgis et aliis, qui de re practicâ ex professo ..... scripserunt, collecta et ad...... Pandectarum ordinem relata, Dionysio Gothofredo auctore. *Francofurti ad Mænum*, 1591, 2 vol. en fol.

Librorum Basilicon, id est, universi Juris Romani auctoritate princip. Romanorum Græcam in linguam traducti, Ecloga sive synopsis per Joan. Leunclavium, ex J. Sambuci bibliotheca. Novellarum anteà non publicatarum liber. *Basil.* 1575, en fol.

Juris græco-romani tam canonici quam civilis tomi duo: Jo. Leunclavii studio ex variis bibliothecis eruti, latineque redditi: nunc primum editi cura Marq. Freheri. *Francofurti*, 1596, 2 vol. en fol.

Michaelis *Pselli*, Synopsis legum versibus jambis et politicis; cum latina interpretatione et notis Fr. Bosqueti. Parisiis, 1632, en 8º

Institutiones romano-hispanæ ad usum tironum hispanorum, por don Juan Sala, 2 tomos en 4º

Digestum romano-hispanum, del mismo autor, 2 tomos en 4º

NOTAS

DEL

TOMO SEGUNDO.

NOTAS.

Pag. 1. lin. 3. Por derecho real de Eapaña, aunque no haya institucion de heredero, ó el que se exija sea incapaz de serlo, no por eso es nulo el testamento en todas sus partes; valen las mandas, legados y donaciones. *L. 1. tit. 4. lib. 5. de la Nov.*

Pag. 3. lin. 15. El testamento válido en un principio, y que se rompe por el nacimiento de póstumo, ó por adoptar el testador bajo las fórmulas legales á cualquiera, es cuanto á la institucion de heredero, vale en cuanto á las mandas, legados y donaciones que no escedan el quinto, parte de que pueden disponer los padres segun las leyes de España en perjuicio de sus hijos, y aunque segun el derecho romano tambien se rompia el testamento, cuando despues de la muerte del padre que ya tenia hijos nace otro, no sucede esto segun el de España, pues es firme el testamento entrando el póstumo á heredar con los demas; por manera, que uno que sabiendo tenia hijos no les dejase por herederos, valdria el testamento en cuanto á las mandas, legados: de tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin una urgente necesidad.

Pag. 4. lin. 21. Hay otro caso en que el posterior testamento no rompe al primero: y es cuando no ha muerto el que habia sido instituido he-

redero en el primer testamento, cuya causa diera margen al testador para hacer el segundo, que siendo falsa vale la institucion de aquel, quedándose el segundo sin nada, aunque en su favor, y de los demas valgan las mandas, legados &c. que se hayan hecho en los dos, *lib.* 21. *tit.* 1. *Part.* 6.

Pag. idem. Tampoco se deroga segun la *ley* 22. *del tit.* 1. *Part.* 6. cuando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias, generales ó especiales, y en el que hace despues no se mencionan á no ser que por conjeturas é inducciones se venga en conocimiento de la voluntad del testador, aunque en el segundo no haya las cláusulas derogatorias, segun Gregorio Lopez, á la ley 22 del referido título, y Gomez comentando la tercera ley de Toro.

Aunque el segundo testamento no contenga institucion de heredero, como que esta no es esencial en nuestro derecho, anulará el primero conteniendo las cláusulas derogatorias. Tambien segun el sentir de Covarrubias y Gregorio Lopez, discurriendo sobre la ley 24, dice: que si el testador rompiese ó rasgase el testamento por sus propias manos, quedando íntegro el protocolo del escribano, no valdria el segundo.

Pag. 5. lin. 10. En España segun la *ley* 4. *tit.* 5. *lib.* 5. *de la Recopilacion*, pueden los hijos testar; de donde resulta que la mínima capitisdiminucion irrita el testamento, ni la media ni máxima, por cuanto los espatriados pueden disponer de sus bienes, á no ser que se les hayan confiscado, lo mismo que los condenados á muerte

en la parte que les quede cubiertos los gastos, multas &c. *L.* 3. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov.* Pueden testar tambien los estrangeros, *l.* 2. *tit.* 12. *lib.* 1. *Recop.*

Pag. 6. l. 3. Existirá el testamento aunque el instituido heredero renuncie la herencia, ó no quiera adirla, por no ser necesaria esta circunstancia en España para que valgan las mandas, legados, fideicomisos, sucediendo en la demas herenrencia aquel que hubiera de serlo si el testador muriese intestado.

Pag. 9. lin. última. Tampoco hay lugar á esta queja cuando el testador, aunque tenga herederos forzosos, dispone de la quinta parte en favor de estraños, y de la tercera en favor de cualquier hijo. No está demas esplicar aqui la parte de que pueden disponer los testamentarios que tienen hijos. Del quinto siempre, y del tercio mejorando á algun hijo, con tal que no sea á hija por razon de dote, que está prohibido. Si tuviese solo ascendientes puede disponer del tercio, sin que tengan lugar á la queja de inoficioso testamento.

Pag. 11. lin. 4. Aunque se hayan pasado cinco años sin entablar la accion no perece esta, siempre que sea menor aquel que debe interponerla, por cuanto contra este no corre el tiempo hasta la mayor edad.

Pag. 11. lin. 29. Segun el derecho real de España aunque la queja sea introducida por hermanos del testador, habiéndoles preferido persona torpe, se revoca solo el testamento en cuanto á la institucion de heredero, pues en lo demas es vá-

lido, como mandas, legados, fideicomisos. Asi lo dispone la *l. 7. tit. 8. P. 6.*

Pag. 7. §. DLXXX. Las catorce causas que Justiniano señaló para desheredar se han aprobado por Alonso el Sabio en las *leyes 5. 6 y 7. del tit. 7. part.* 6., añadiéndose otra por la real pragmática del año de 1776, corroborada en 1803, por la cual puede ser desheredado el hijo menor que haya contraido matrimonio sin obtener primero el consentimiento de su padre, lo mismo que aquellos que contrajeren matrimonio clandestino. El hijo emancipado no pierde la accion de queja, porque por este acto no ha perdido el derecho á la herencia de su padre, ni este los derechos de padre respecto del hijo emancipado.

Pag. 12. §. DLXXXV. lin. 1. Heinecio, sin dar siquiera una idea de lo que es heredero, y dejando de manifestar las clases superiores, pasa de repente á tratar de los necesarios ó forzosos, y de los voluntarios El heredero es un sucesor universal de los derechos y obligaciones del testador. La primera division que hallamos en nuestras leyes es en unos por testamento y otros abintestato; aquellos son los que el testador llama, ya parientes ó no, para que le sucedan en sus acciones, derechos &c., y los otros son los mas inmediatos parientes del difunto que murió sin la última disposicion, ó cuando esta fue nula. Estos se subdividen en universales y particulares; primeros los que suceden en toda la herencia, y los segundos en una cosa particular, como una casa, una huerta &c. Ahora los testamentarios se dicen forzosos, que son los hijos del testador, dichos asi, no porque tengan

obligacion de adir la herencia, sino solo porque sus padres esten obligados á instituirlos, *l.* 21. *tit.* 3. *part.* 6.; y en voluntarios, que sucede siempre que el testador instituye á quien le da la gana.

Pag. 13. lin. 1. En España solo por derecho de las partidas los siervos son herederos necesarios cuando el testador los instituye por tales; y se llaman asi porque una vez estableeidos estan obligados á admitir la herencia de su señor, y á pagar no solo de los bienes de este, sino de los suyos propios: los hijos nunca pueden entrar en esta clase.

Pag. 14. lin. 3. Los póstumos ó los que nacen despues de la muerte de su padre se tienen por herederos forzosos, pero es preciso que su madre los dé á luz á los diez meses de la muerte, y que al tiempo de esta viva en su compañía, pues si naciese un dia despues se reputa por ilegítimo; pero sí dentro de los siete ó nueve, que es lo comun, segun está dispuesto por la *l.* 4. *tit.* 23. *Part.* 4.

Pag. 15. lin. 1. §. XCI. Entre los herederos estraños y voluntarios no se cuentan los hijos emancipados, pues estos, segun lo dispuesto por la *l.* 21. *tit.* 3. *part.* 4., tanto respecto de sus padres como de las madres y demas parientes son herederos forzosos.

Pag. 16. lin. 20. Para adir la herencia es necesario no estar incapaz para ello, ya al tiempo de otorgarse el testamento, ya en el de la muerte del testador, y ya cuando aceptan la herencia. Esto se entiende de los necesarios, pues los forzosos basta que no tengan impedimento legal al tiempo de la muerte del testador. Son palabras espresas de la ley 22. *tit.* 3. *part.* 6.

Pag. 18. §. XCVII. lin. 13. Que haya acreedores ó no, el tiempo para usar el heredero instituido del beneficio ó del derecho de deliberar no se concede por el rey mas del año, y por los jueces inferiores nueve meses, y aun este tiempo se acorta á cien dias cuando se conoce que en menos puede deliberarse.

Pag. 19. §. XCVIII. lin. 3. El inventario se divide en solemne y simple. Este se formaliza haciendo una descripcion de los bienes, sin necesitarse de juez ni de su acto, aunque sí de escribano. El solemne, ademas de los requisitos que señala el Heinecio, se quiere, segun nuestras leyes, otras circuntancias, y son: si no la presencia del juez, al menos su auto que encabece todo, y hasta su presencia es necesaria en los tres casos que trae el Febrero en su *lib.* 1. *cap. de inventarios*: que se concluya dentro de tres meses, siempre que los bienes esten todos en el lugar en donde ha muerto el testador; si no se puede conceder un año á mas de los tres meses, segun la *ley* 100. *tit.* 18. *part.* 6. Que el inventariante asegure lo ha hecho fiel y legalmente, cuya cláusula suele ir acompañada de juramento, aunque no lo exigen las leyes. Los jueces deben cuidar, tan presto como saben la muerte del que fenece sin disposicion, sellar todo, prescindiendo de consideraciones, que no sirven sino para dar lugar á estraer lo principal en perjuicio de los herederos, sobre lo que hay un sumo abandono en nuestro reino, lo que hace desear una disposicion capaz de atajar los males inmensos que de aqui se siguen.

Pag. idem. línea 30. Durante el inventario no

se puede mover pleito por los acreedores; beneficio que con los demas resulta de practicar el heredero esta diligencia, *l.* 6. *tit.* 6.

Pag. 21. §. DCI. lin. 24. Ni Modestino, ni Justiniano, ni el mismo Heinecio da una definicion exacta del legado. La *l.* 6. *tit.* 6 *y sig. tit.* 9. *part.* 6. lo definen diciendo, que es una donacion que el testador hace en su testamento, ó en otra disposicion testamentaria á alguno por amor de Dios ó por su alma, ó por hacer bien á quien se le deja.

Pag. 23. §. DCIV. lin. 9. Los legados se dividen en forzosos y voluntarios. Los primeros son aquellos que por disposicion del derecho se deben dejar á ciertos y determinados lugares para objetos piadosos. Los segundos penden de la liberalidad y voluntad del testador de la primera clase, que son treinta y seis maravedises que se deben dejar para la conservacion de los santos lugares. Si las disposiciones testamentarias se otorgan en Madrid y ocho leguas en contorno, cuarenta y ocho maravedis para la curacion de pobres enfermos de los Reales hospitales, y doce reales vellon para las mugeres viudas de los que han muerto en la guerra de la independencia.

Pag. 25. §. DCVI. lin. 16. Superfluo seria advertir que los legados en España no se pueden dejar en otro idioma mas que en el castellano, y la severidad con que las leyes encargan á los escribanos la claridad al tiempo de estender estas cláusulas en los testamentos.

Pag. id. lin. 35. Para que los legados sean válidos se requiere el número de testigos, y demas solemnidades que exigen por derecho las disposi-

ciones testamentarias en que se dejan; pero aunque estas caduquen por el defecto de número competente, los legados piadosos y mandas forzosas subsisten segun disposiciones de nuestras leyes, que dejamos esplicadas.

Pag. 30. §. DCXIII. La *l.* 10. *tit.* 9. *part.* 6. dispone, que si el testador lega una cosa agena sabiéndolo y con pleno conocimiento todavía es válido, siempre que el legado fuese hecho á su muger, ó aun pariente suyo; porque entonces se presume que en todo caso quiso legarlo.

Pag. 31. § DCXIV. lin. última. Heinecio no trata aqui una cuestion interesante, á saber; cuando tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada, y cuando al legatario. Atendiendo á las disposiciones de la *l.* 10. *tit.* 9. *part.* 6., se deben establecer las reglas siguientes: 1ª sabiendo el testador que la cosa que lega está empeñada por menos de su valor, la debe desempeñar el heredero y entregarla al legatario: 2ª si la cosa estaba empeñada por tanta ó mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero, ahora lo supiese ó no lo supiese el testador: 3ª si la cosa estaba empeñada por menos de su valor y el testador lo ignoraba, el legatario debe desempeñarla.

Pag. 38. §. DCXXV. lin. primera. El derecho de acrecer tenia lugar en las herencias, segun las leyes de Partida; segun la que nadie podia morir intestado en parte, y en parte testado; pero ya no lo tiene desde que por leyes posteriores puede suceder esto, y pende todo de la voluntad del testador.

Pag. idem. §. idem. Cuando no tienen para quien suceder los legados, porque la última persona á quien se dejan es incierta, se distribuyen á los pobres del pueblo del testador, ó se entregan al obispo, para que este haga la distribucion que le parezca, y cuando los deja determinadamente á los pobres, primero deben ser distribuidos á los de los hospitales é imposibilitados, segun la *l.* 20. *tit.* 5. *part.* 6. No obstante, Gregorio Lopez pone la condicion, de si el testador es del dominio en donde hizo el testamento.

Pag. 48. §. DCXXXIX. No está por demas, aunque lo tenemos ya dicho, notar que valen los legados hechos aunque se rompa el testamento por cualquiera causa, pues asi lo concede espresamente nuestro derecho, *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Nov. Recopilacion.*

Pag. 51. §. DCXLV. lin. 10. Los legados se pueden quitar ó transferir en testamento y en codicilos: todavía, segun las disposiciones de las *leyes* 39. 40. *de la part.* 6. *tit.* 9, ni esta solemnidad requieren, pues de cualquier modo que conste la voluntad del testador, aunque no haya mas que presunciones de que quiso mudarlo, se da por quitado el legado.

Pag. 53. §. DCXLIX. lin. 1. La cuarta solo se puede sacar respecto de los herederos voluntarios; pues en otro caso no se podria, porque segun nuestras leyes los padres testadores no pueden disponer mas que del quinto; bien que dejando herederos forzosos, y legando el quinto de este, podia deducir la cuarta parte al que instituye por heredero de él.

Pag. 60. §. DCLIV. Cuando la cosa legada no tiene cómoda division, se aprecia, y de su importe se deduce la cuarta, previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraccion de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado, segun disposicion terminante de la *l.* 2. *part.* 6. *tit.* 11. Y para poder sacarla el heredero debe hacer préviamente en el término legal inventario formal de todos los bienes; pues si no lo hace no podrá, y ademas estará obligado á pagar todas las mandas y deudas que dejó, *l.* 10. *tit.* 6. *part.* 6; y si lo hace pagando antes los legados que las deudas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y despues al heredero por lo que falte; *l.* 7 del mismo *tit.*

Pag. 70. §. DCLXI. lin. 9. La cuarta tribeliánica nunca se puede sacar de la legítima de los hijos; bien que como de esta no puede disponer el padre, no dejará, respecto de ellos, herederos fideicomisarios, ni tampoco de los legados destinados á causas piadosas, *l.* 4. *tit.* 11. *part.* 6. Ni el heredero que por error pagó los legados íntegros puede sacar la cuarta despues de los demas, á no aparecer grandes deudas que no sabia él pudieran existir. Ya se sabe que los hijos como herederos, no solo la cuarta sino toda la herencia, escepto el quinto, pueden sacar, y si son en cantidades todo menos el tercio de que pudo disponer el testador.

Pag. 76. §. DCLXXXI. lin. 14. Como por las leyes de España se requieren las mismas solemnidades para el codicilo que para el testamento, valdrá

la institucion de heredero que en él se haga, bien que entonces dejará de ser codicilo, y pasará á la categoría de testamento; pero en el codicilo cerrado no valdrá, y esto es sin duda, porque para el codicilo cerrado bastan cinco testigos, cuando en el testamento de igual clase son necesarios ocho y escribano.

Pag. 77. §. idem. Entre los romanos se cuestionaba si las mugeres podian ser testigos en los codicilos por no haber en sus códigos ley espresa que lo prohibiese; y como entre ellos se diferenciaba bastante este instrumento del testamento, no faltó quien aseguró podian serlo. Entre nosotros no puede haber duda desde que en un todo se igualan y tienen unas mismas solemnidades, tanto que son unos segundos testamentos, y si contienen cláusulas especiales y derogatorias se elevan á igual categoría, dejando de existir los testamentos que les precedieron.

Pag. 80. al fin de los §§. 688 y 689. Aunque omite Heinecio la esplicacion de los trece primeros títulos del lib. III de la Instituta, alegando acostumbrarse hacer asi en las academias, por ser dichos títulos compresivos solo del derecho antiguo, enteramente mudado despues por Justiniano; sin embargo, hemos creido útil llenar este vacío: 1º porque el mismo Heinecio recomienda en su proemio el estudio de las Antigüedades, y en el §. 490. nos advierte: *nihil Antiquitatis penitus nos ignorare debere*; y 2º porque el mismo autor esplanó estos títulos en sus *Elementos del derecho segun el orden de las Instituciones*, no obstante que cuando los compuso no ignoraba la citada costumbre de las

academias. No dudamos pues hacer un obsequio á nuestros lectores supliendo á Heinecio con el propio Heinecio, es decir, tomando de las *Antigüedades* del mismo autor los títulos que faltan en las Recitaciones, y agregándolos á esta nueva edicion.

TITULO PRIMERO

De las herencias abintestato.

Cuan libre y ámplia fuese entre los romanos la facultad de disponer de sus bienes, bastante se deja entender con lo que hasta qui llevamos dicho. Mas en el caso de que alguno no hubiese usado de este arbitrio, se devolvian los bienes á los próximos parientes, y á estas *herencias* se daba el nombre de *legítimas*, *l.* 1. 2. 3. *ff. de petit. hered. l.* 1. §. 8. *ff. ad Senatus-consultum Tertull.*, y tambien en el de *herencias de intestados*, *Auct. Collat. Leg. Mos. et Rom. XVI.* Pero como este orden antiguo de suceder fue todo él mudado por leyes mas recientes, y con especialidad por la Novela CXVIII, nos parece propio de esta obra esponer sobre este punto las Antigüedades romanas con toda la exactitud á que alcancemos.

I. Los antiguos romanos en la sucesion de los intestados, no trataban de que fuesen herederos los que parecia que debian merecer al difunto mayor afecto que los demas (principio que despues siguió Justiniano), sino de que las facultades permaneciesen en la familia, y no pasasen á otras gentes. Asi era que á la herencia de los intestados no llamaban sino á los que eran de un mismo

tronco y familia. Binkershoek. *obs. II*, 1. Por eso de estas herencias se decia que *volvian*, Terenc. *Andr. XI*, 5. *v.* 4.: *á su muerte volvieron á unir los bienes por la ley.* A proposito de cuyas palabras se espresa asi Donato: *Este trató del derecho diciendo que* volvieron, *porque vuelven á la familia si no hay heredero de próximo ó por testamento.* Con preferencia á todos la herencia de los intestados se deferia á los *herederos suyos* por las leyes de las XII tablas (*), en las cuales estaba escrito: *si muere intestado alguno que no tenga heredero suyo, el próximo agnado tenga la familia.* Paul. *l.* 9. §. 2. *ff. de liber. et posthum.* Ulpian. *Fragm. XXVI*, 1. Jac. Gothofr. *Leg. XII. Tab. Tab. V.* 2. Luego en las XII tablas no habia un capítulo particular acerca de la sucesion de los suyos, ni propiamente podia decirse que eran llamados por la ley á la sucesion, por cuanto ya por sí é *ipso jure* eran herederos, y el derecho de herederos *suyos* los hacia en cierto modo dueños aun en vida del padre, §. 2. *Inst. de hered. qual. et deffer. l.* 11. *ff. de lib. et posthum.*; de suerte que la sucesion de ellos no tanto debe considerarse como herencia, cuanto como continuacion de dominio. Cujac. *obs. XXV*, 14. *Error. pragmat. Dec. III*, *err.* 1. (**)

(*) Y aun antes, en tiempo de los reyes, los herederos suyos eran los primeros en suceder abintestato, segun Schulting. *ad Ulpian. Fragm. p.* 665; que en este punto se separa de Galbano *de Usufruct. VIII*, 13. *y sig.*, quien prefiere derivar esta ley de los Institutos de Solon.

(**) Aqui viene bien aquel pasage de Plauto *Tri-*

II. Se llamaban herederos *suyos* los que estaban constituidos bajo la potestad del difunto, y obtenian el lugar próximo en esta potestad. Tales eran los hijos y las hijas. En este punto los decenviros no habian seguido el derecho ateniense, el cual en primer lugar admitia á los hijos y despues de ellos á las hijas á la herencia paterna: Iseo, *Orat. IX.* Pero en Roma desde un principio eran herederos suyos con igual derecho los hijos y las hijas: Perizon. *de leg. Vocon. p.* 133. Tambien eran herederos suyos los nietos y nietas nacidos de hijos varones que el abuelo tenia en su poder, con tal que no hubiesen de recaer bajo la potestad del padre. *Cai. Inst. II.* 3. 6. Paul. *Recept. Sent. IV.* 3. 4. *sig.* Ulpian. *Fragm. XXII.* 14. Y no era esencial que estos hijos fueran naturales ó adoptivos. Y aun la muger que estaba bajo la potestad del marido, y la nuera que estaba bajo la del hijo que uno tenia bajo su poder, se contaba entre los herederos suyos, segun Ulpiano *Fragm. XXII.* 14. y Caio *apud. Auctorem Collat. Leg. Mosaic. et Roman. tit. XVI.* 2. Gell. *Noct. Att. XVIII.* 6. Dionys. *Halic. II. p.* 95. El mismo derecho en la edad siguiente conseguian los hijos, ya fuesen legitimados por subsiguiente matrimonio, ya por oblacion á la curia, ya por rescripto del príncipe, con tal que

num II. 2., donde Lisíteles, preguntado si queria socorrer con lo suyo á un amigo, le responde:

. . . . De meo
Nam quod tuum est, meum est: omne meum est autem tuum.

estos últimos hubiesen sido legitimados con el fin de suceder. §. 2. *Inst. h. t.* (*)

III. Y aun *los nacidos despues de la muerte del padre, ó los que vuelven del poder de enemigos, ó los manumitidos de primera ó segunda emancipacion, ó aquellos cuya causa de error habia sido aprobada, aun cuando no estuviesen bajo la potestad del padre, sin embargo, se hacian herederos suyos*, segun dice Paul. *Recept. Sent. IV.* 8. 7. Para la inteligencia de este pasage se ha de saber que trata (I) de los *póstumos*, pues estos eran herederos suyos, porque á haber nacido en vida del padre hubieran estado bajo su potestad. (II) De *los que vuelven de la cautividad*, los cuales, á la manera de todos los demas derechos, asi tambien recobraban por el postliminio los de ciudad y de suidad. §. 4. *Inst. h. t.* (**) (III) De *los hijos manumitidos de primera ó segunda emancipacion* ó venta; porque si un hijo de familia, para ser emancipado, era vendido ó mancipado, y permanecia algun tiempo en esta mancipacion ó enagenacion (lo cual podia suceder), perdia los derechos de suidad. El manumitido empero de la primera ó segunda mancipacion los recobraba, por cuanto solamente vendido tres veces, y manumitido otras tantas, quedaba libre de la patria potestad. Al modo pues que el manumitido primera y segunda vez, siempre que no se agregase

(*) Véanse las *Ant. Rom. lib. I. tit. X. n.* 4. 6. y Pith. *ad Collat. leg. Rom. et Mosaic. p. m.* 790.

(**) Pero si moria en el cautiverio, si fingia que antes de su muerte habia ya fallecido en la ciudad, segun la ley Cornelia. Ulp. *Fragm. XXIII.* 5.

la tercera emancipacion, rompia el testamento del padre, Ulp. *Frag.* XXIII. 3. asi tambien él mismo recobraba el derecho de suceder abintestato, Caio, *Inst. II.* 8. 1. Finalmente Paulo habla tambien (IV) de aquellos *cuya causa de error habia sido aprobada.* Es de saber, que á veces por error se contraia matrimonio entre personas de desigual condicion; por ejemplo, si un ciudadano romano se casaba con una estrangera, latina ó deditícia, creyendo ser ciudadana, ó si una ciudadana romana contraia por error matrimonio con un estrangero, latino ó deditício. Siempre que esto se verificaba cesaba la suidad, pues los hijos procreados de semejantes nupcias no estaban bajo la patria potestad. Mas si la causa del error habia sido aprobada, los padres igualmente que sus hijos alcanzaban los derechos de ciudad y familia. Ulp. *Fragm. VII.* 4. Aña. *Comment. ad L. Jul. et Pap. Popp. II.* 1. *p.* 117.

IV. Estos herederos suyos entraban todos á la particion de la herencia, pero de suerte que los hijos é hijas sucedian por cabezas, y los mas remotos por estirpes; es decir, en el lugar y porcion de su padre, §. 6. *Inst. h. t.* Ni habia diferencia alguna entre los hijos y las hijas, los nietos y las nietas, pues sin consideracion ninguna al sexo conseguian las herencias de los difuntos en iguales porciones, segun demuestra eruditamente Jac. Perizon. *diss. de lege Vocon.*, *p.* 133 y sig. Pero estas herencias de las hembras fueron últimamente restringidas por la ley Voconia, en la cual á mas de otras cosas se establecia que las hembras no fuesen admitidas á ninguna herencia

de los difuntos, Perizon. *l. c. p.* 135. Cuya ley comprendia tambien las herederas suyas y consanguíneas, tanto que ni aun era permitido instituir heredera á una hija única, Agustin, *de civit. Dei, III.* 21.; ni tampoco restituir una herencia dejada en fideicomiso á la hembra para quien habia sido destinada por el testador, Cic. *de finib. II.* 17. Esta ley no tan solo hacia relacion á los testamentos, sino tambien á las herencias abintestato, como claramente demostró Perizon., *p.* 105 *y sig.* Y por eso Polibio, *except. de virtut. et vit. p.* 1462., refiriendo que Escipion el Africano habia dejado á sus hermanas la herencia materna, añade: *de la cual nada pertenecia á ellas segun las leyes*; donde por *leyes* se debe entender la ley Voconia. Mas despues que dicha ley Voconia quedó sin vigor por la opulencia de los ciudadanos (Gel. Noct. Att. XX. 1.), quedó no obstante la costumbre de que las mugeres cuando menos no fuesen admitidas á las herencias legítimas, llevando ventaja á las consanguíneas; cuya práctica hace derivar de la ley Voconia el jurisconsulto Paulo, *recept. sent. IV.* 8. 12.

V. Por lo que hace á las consortes, ya observamos antes §. 2., que si estaban bajo de potestad eran herederas suyas, y por tanto sucedian al marido; lo cual manifiesta claramente Dion. Halic. *II. p.* 95., donde dice que *las mugeres casadas fueron participantes de todos los bienes, igualmente que de las cosas sagradas domésticas.* Y se confirma por el ejemplo de Laurencia, que habiendo muerto muy rico su marido Tarrucio, adquirió todos sus bienes, Macrob., *Saturn. I.*

10. Plut. *quæst. rom. XXXV.*; aunque no consta si sucedió por testamento ó abintestato. Pero despues se varió esto, acaso porque no fue tan comun el que las esposas cayesen bajo la potestad del marido. Por lo cual en adelante las mugeres casadas no eran llamadas á la posesion de los bienes sino por el edicto del pretor *unde vir et uxor.* Pero de esto se tratará mas abajo.

VI. El derecho de suidad se quitaba por la mayor ó media capitis-diminucion, y aun tambien por la emancipacion. Asi es que los emancipados perdian toda la herencia, sin que el derecho civil ofreciese medio alguno de que consiguiesen alguna parte de las facultades paternas, §. 9. *Inst. h. t.* Ni aun los hijos de emancipados, siendo concebidos despues de la emancipacion, eran herederos suyos respecto del abuelo, §. 9. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.*, y por lo mismo no recogian ninguna parte de la herencia abolenga, al modo que tampoco la cogian los adoptados por el hijo emancipado. Paul., *recept. sent. IV.* 8. 12.

VII. No obstante vino en auxilio de los emancipados el pretor, movido de la natural equidad, pues por el edicto *unde liberi* les dió la posesion de bienes, no de otro modo que si al tiempo de la muerte estuvieran bajo la potestad del padre, *tit. ff. unde liberi.* De cuyo beneficio disfrutaban tambien los hijos de los emancipados, mas no sus hijos adoptivos, los cuales ni aun como cuasicognados podian pedir la posesion de bienes, Paul. *recept. sent. VI.* 6. 12. Ni por dicho edicto del pretor eran llamados los mismos emancipados, si se habian dado á otros en adopcion, á no ser que

antes de la muerte del padre fuesen otra vez emancipados; porque entonces segun el derecho pretorio recuperaban á su padre, Ulpian. *fragm. XXVIII.* 8. §. 10. 11. *Inst. h. t.*

VIII. Mas todo esto fue corregido por el derecho posterior, que llamaba tambien á los emancipados á la sucesion de sus padres, *Nov. CXVIII.* 1. (incluyendo no obstante los bienes recibidos antes), y á los que se habian dado á otros en adopcion, *L. pen. C. de adopt.*

IX. Lo que arriba dejamos dicho en cuanto á la sucesion de los nietos y nietas, se debe entender de aquellos ó aquellas que eran descendientes por el lado masculino. Porque los nacidos de hijas (nietos), y los nacidos de nietas (biznietos), estos no eran llamados á la sucesion juntamente con lo hijos é hijas, ni con los nietos por parte de los hijos, sino que acostumbraban ser nombrados entre los cognados despues de la línea de los agnados. §. 15. *Inst. h. t.* Paul. *recept. sent. IV.* 8. 10. Pero tambien esto creyeron deberlo mudar los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, *l.* 9. *C. de suis et legit. lib.*, los cuales mandaron que los nietos por parte de hija sucediesen al abuelo materno y á la abuela juntamente con los hijos é hijas del difunto; de manera, sin embargo, que tan solo recibiesen dos partes de la porcion materna, y la otra tercera quedase en poder de los hijos y las hijas. Pero tambien esto lo mudó despues Justiniano en la *Nov. CXVIII.* 1. (*)

(*) A este derecho le llama bárbaro en el principio de la *Nov. XXI. part. II*, siendo asi, no obstante, que el

X. Tambien es de notar que los herederos suyos, por ser tales *ipso jure*, aunque lo ignorasen, conseguian la herencia, como los furiosos, infantes, los que estaban viajando por paises estraños; ni necesitaban de la autoridad del tutor los pupilos, ni del consentimiento del curador los furiosos, á no ser que tal vez la herencia no bastase para pagar las deudas. Paul., *recept. sent. IV.* 8. 5 y 6.

TITULO II.

De la legítima sucesion de los agnados.

A falta de herederos suyos, la ley de las XII tablas, citada en el título anterior §. 1, llamaba á la sucesion á los próximos *agnados*, y faltando tambien estos á los *gentiles*. Asi que, en este título trataremos de la legítima sucesion de los *agnados y gentiles*.

I. Los jurisconsultos definen los agnados, diciendo ser *allegados unidos por parentesco que viene por personas del sexo masculino*, ya sea natural este vínculo, ya civil, cual es la adopcion; pues tambien por medio de esta se consiguen los derechos de agnacion, § 2. *Inst. h. t.* Y se llaman agnados, como si dijeramos allegados por el padre, §. 1. *Inst. de legit. agnat. tutela* §. 1. *Inst. h. t.*: y tambien la llaman cognacion legitima, Caio, *Inst. II,*

mismo Dios estableció que los hijos deben ser preferidos á las hijas en la herencia. Núm. XXVII. 8. V. Jac. Perizon. *ad l. Vocon. p.* 109. Seld. *de success. Hebr. I. p.* 2.

8. 3., y *la l.* 12. §. *ult. ff. de rit. nupt.* (*) Pero aun cuando esto esté bien dicho siempre que los agnados se consideren en contraposicion á los *cognados*, no obstante, no basta la definicion si hay que distinguir los agnados de los *gentiles*. Porque estos tambien son cognados unidos en parentesco por personas de sexo masculino, y sin embargo en las leyes de las XII tablas son distinguidos de los agnados. Por lo cual habremos de indagar cuidadosamente de las Antigüedades romanas, quienes fueron llamados agnados, quienes gentiles, y quienes por fin cognados.

II. Entre los romanos habia muchas *gentes ó razas*, unas *patricias* y otras *plebeyas* (**), segun circunstanciadamente las describieron Glandorpio, Ant. Agustino, Fulvio Ursino, y los que enriquecieron la obra de este último con muchas adiciones, Carl. Patino y Vailancio. Cada gente se distinguia con su nombre, y por eso una se llamaba *Cornelia*, otra *Sempronia*, otra *Tulia*, otra *Cincia*, &c.

(*) Sin embargo, bajo otros respectos, por *legitima cognacion* se entiende la que dimana de la adopcion, y por tanto se opone á la natural, *l.* 4. §. 2. *ff. de gradib. et affin.* V. Brisson. *de Verb. Sign. lib.* X. en las palabras *legitimæ cognationes*.

(**) Efectivamente, en los tiempos mas antiguos de la república, solo de los patricios se decia que tenian gente. En Tito Livio X. 6. dice P. Decio: *siempre se ha sido lo mismo, que solo vosotros teneis gente*. Y asi es que aun entre los patricios unos se decian *de gentes mayores*, y otros *de gentes menores*. Sig. *de antiquo jure civ. Rom. l.* 7. *p.* 109. Mas por último, habiéndose comunicado con la plebe los honores, auspicios y connubios, tambien los plebeyos recibieron los derechos gentilicios. De aqui la division de las gentes en patricias y plebeyas.

Y como es lo regular que una gente se ramifique en varias estirpes y familias, asi es que en Roma habia de una misma gente muchas familias, las cuales se distinguan entre sí con sus *cognombres*. Festo p. 292. *Se llama gente la que se compone de muchas familias.* Asi, de la gente cornelia nacieron las familias de los *Escipiones*, *Léntulos*, *Sulas*, *Cinnas*, *Cosoros*, *Dolabelas*. Finalmente, como hasta las familias se subdividiesen en nuevas estirpes, se hizo de suerte que estas se distinguiesen por los *agnombres*. La gente Virginia, por ejemplo, se distribuyó en varias familias, y de aqui los cognombres de los *Tricostos*, *Rufo &c.* Divididos despues los Tricostos en diversas estirpes, nacieron de aqui los agnombres de *Rutilos* y *Celimontanos*. Y por eso los romanos han usado de tantos nombres, de los cuales el primero se llamaba *prenombre* (*), por ser propio de la persona; el segundo *nombre*, porque era comun á toda la gente; y el tercero *cognombre*, porque denotaba la familia de la misma gente; y el cuarto, por último, *agnombre*, por cuanto indicaba una estirpe, las mas veces de aquella familia, ó alguna hazaña, ó algun defecto ó hábito del cuerpo ó del

(*) En la gente Sulpicia hubo la singularidad de que muchas veces usó de dos prenombres, uno comun, Servio, y otro propio de cada uno, v. gr. Cayo, Fulv. Ursino de Famil. Rom. p. 268, aunque parece que se equivoca este sabio cuando cree que siempre sucedió esto en la gente Sulpicia. Pues el célebre jurisconsulto de esta gente las mas de las veces usó solamente del cognombre de Servio, y varones muy doctos, especialmente Ever. Otton, en la vida de Servio Sulp. Cap. I, § 4. tomo V. Thesaur. jur. p. 1561, creen que no tuvo dos cognombres.

ánimo. Asi, por ejemplo, en el nombre *A. Virginio Tricosto Celimontano*, Aulo era el *prenombre propio* de este sugeto, *Virginio* el *nombre gentilicio*, *Tricosto* el *cognombre*, que designa aquella familia de la gente Virginia, de la cual descendia Aulo, y por último *Celimontano* el *agnombre*, porque denotaba cierta familia de aquella estirpe. Véase Car. Sigon. *de Nom. Rom.* p. 1403 y 1427, *edic. de Dion. Godofredo.* Por lo dicho es bien claro cuales fueron llamados *agnados*, y cuales *gentiles*. Todos los que venian de la misma estirpe y familia, se llamaban *agnados*. Por ejemplo, todos los Escipiones eran agnados de P. Cornelio Escipion. Mas los que descendian de la misma gente Cornelia, como los Léntulos, Cosis, Cinnas, Sulas, Dolabelas, eran gentiles. Por eso Ciceron, *Topic. VI*, dice: que *son gentiles los que tienen entre sí un mismo nombre, los que son oriundos de ingénuos, ninguno de cuyos antepasados no estuvo en servidumbre ni fue capiteminuido.* Festo en la voz *gentilis*, *p.* 292. trae estas palabras: *llámase gentil el que viene de un mismo género ó tronco, y el que lleva un nombre semejante, como dice Cincio: son gentiles mios los que tienen mi nombre.* Resulta pues que son gentiles todos los que usan del mismo nombre. Y lo que Ciceron añade, de que deben ser oriundos de ingénuos, y no haber los antepasados estado en esclavitud, viene de que tambien los libertos tomaban los nombres y cognombre de los patronos, y sin embargo no eran gentiles. Asi que, *P. Terencio Alfer* no fue gentil de los Terencios, por cuanto no era ingénuo, al modo que tampoco

Tiron no era agnado de M. Tulio, por haber tomado este cognombre. Finalmente, el mismo Ciceron añade: que los gentiles no debian haber sido capitis-minuidos; porque la capitis-diminucion, aun la mínima, segun arriba queda dicho, destruia los derechos de familia.

III. Viniendo ahora á la sucesion de los agnados, acerca de ella se establecia en las leyes de las XII Tablas, que *si uno muere intestado, sin dejar hijos que le sucedan, entre á la herencia el agnado mas cercano.* Luego no eran llamados los agnados, á no ser cuando faltaban herederos suyos. (*) Y aunque la ley conferia la herencia á todos los agnados á un mismo tiempo, solo se adjudicaba á aquel que cuando se verificaba el que uno habia muerto intestado, se hallaba en el grado mas cercano. En lo cual los intérpretes del derecho se adherian tanto á lo literal de la ley, que si el próximo agnado cometia una omision, ó moria antes de adir la herencia, no se admitia á ella á los mas remotos. (**) §. 7. *Inst. h. t.* Cayo, *Inst. II*, 8. 4. Paul. *Recept. Sent. IV*, 8 23.

(*) Es decir, cuando faltaba de tal modo que ni aun quedaba esperanza. Porque mientras se espera que algun heredero suyo pueda hacerse heredero, no hay lugar á los agnados; como si la muger estuviese embarazada, o el hijo en poder de los enemigos. Ulp. Fragm. XXV. 3.

(**) Alej. y Fac. *Oisel ad Cajum ibid.* son de opinion que el agnado mas remoto escluido por derecho civil, era llamado por el pretor, por el edicto *unde cognati*; pero esto no sucedia mas que cuando al mismo tiempo habia algun agnado próximo. Porque no habiéndole, eran llamados sucesivamente los cognados, como observa muy bien Schulting. *Jurisprud. ant. p.* 139.

Ulp. *Fragm. XXXV*, 5. Fabrot. *ad Theoph.* §. 7, *de legit. agn. success.*

IV. Pero si habia muchos agnados del mismo grado, todos sucedian por cabezas, ya fuesen varones, ya hembras; pues las XII tablas ninguna diferencia en este particular establecian entre los sexos, como advierten Justiniano, §. 3. *Inst. h. t.* y Paul. 8. *Recept. Sent. IV.* 8. 22. Despues fueron escluidas todas las agnadas, escepto las hermanas. Y por eso Paulo, *Recep Sent. IV.* 8. 22., dice: *Las hembras no son admitidas á las herencias legítimas mas allá de las sucesiones consanguíneas.* V. á Ulp. *Frag. XXV.* 6. Cuya mudanza atribuye Justiniano á la jurisprudencia media, d. §. 3. Mas Paulo dice, que esto se introdujo por derecho civil por la ley *Voconia.* Como esto deba entenderse, lo manifiestan eruditamente Periz. *Diss. de lege Vocon. p.* 106. *sig.*; y Schulting. *Jurisp. ant. p.* 412. No obstante, tambien miró por ellas el pretor, llamándolas á la sucesion por el edicto *unde cognati*, *d.* §. 3. *Inst. h. t.*

V. No por derecho de agnacion sino de patronato sucedian tambien los padres á sus hijos emancipados, á quienes habian librado de su potestad ó emancipado, mediando el pacto de fiducia, §. 8. *Inst. h. t.* Lo cual esplica elegantemente Cayo, *Inst. I.* 6. 3. donde dice: *Sin embargo, habiendo emancipado por tercera vez el hijo, pasando de la potestad del padre natural á la del padre fiduciario, el padre natural debe cuidar de que el padre fiduciario se lo remancipe, esto es, se lo vuelva á su potestad, para que sea manumitido por el padre natural; con el objeto de que si mu-*

riere dicho hijo pueda sucederle el padre natural y no el fiduciario. Sucedia pues el padre á los hijos emancipados, como patrono ó manumisor, si habia interpuesto el pacto de fiducia. Pero si le habia omitido sucedia con el mismo derecho el padre fiduciario. Sin embargo el pretor, movido despues de la equidad natural, llamaba al padre natural á la posesion de los bienes por el edicto *unde decem personæ.* §. 1 y 2. *Inst. de bon. poss.*

VI. Pero todo esto fue variado posteriormente por el derecho introducido principalmente por Justiniano. Porque en primer lugar se confundieron los derechos de agnacion y cognacion, *Nov. CXVIII.* 4. Ademas tambien los agnados mas remotos, repudiando la herencia los mas próximos, han sido despues llamados por la constitucion de que habla el emperador en el §. 7. *Inst. h. t.* Por lo que toca á las agnadas, les dió Justiniano el mismo derecho de que gozaban los agnados, aun cuando no fuesen consanguíneas, *l. penult. C. de legit. hered.* Finalmente, tampoco habia necesidad del pacto de fiducia despues que Justiniano, por virtud de su constitucion, ordenó que las emancipaciones se supusiesen siempre hechas como si mediare el pacto de fiducia, §. 8. *Inst. h. t.* Y aun toda la diferencia que en razon de la sucesion habia entre los hijos suyos y los emancipados, la quitó tambien del todo el mismo Justiniano en la *Nov. CXVIII.* 2.

VII. A falta de agnados, las leyes de las XII tablas llamaban á los gentiles. Pues dijeron los decenviros: *si no hay agnados tengan la herencia los gentiles.* Ulp. *Fragm. XXV.* 1. La ley pues de las XII tablas iba á progresion, de la casa á

la familia, de la familia á la gente, sin duda con el fin de que los bienes, si sucediesen los cognados, no pasasen á otra gente. Bynkersh. *Obs. II.* 1. De esta sucesion de los gentiles habla tambien Ciceron, *de Orat. I.* 38.; de donde se infiere que en su tiempo aun no habian caido en desuso las sucesiones gentilicias, asi como tambien de César refiere Suetonio, *Jul. I.*, que habia sido multado por Sila *en la dote de la muger y en las herencias gentilicias.* Pero sin duda las debió haber abolido el edicto del pretor, que llamaba tambien á los cognados á la sucesion. A la verdad, Ulp. *ibid.* y Cayo, segun el aut. de la *Collat. Leg. Mosaic. et Rom. XVI.* 2., testifican que ya en su tiempo habia caido en desuso dicha sucesion de los gentiles.

TITULO III.

Del senadoconsulto tertuliano.

Como las madres no tenian bajo su potestad á los hijos, ni podian ser contadas entre los agnados, á no ser que ellas mismas estuviesen bajo la potestad de los maridos, era consiguiente, segun los principios del derecho romano, el que la sucesion tampoco fuese mútua entre las madres y los hijos. Mas despues se consideró esto como repugnante á la equidad y conmiseracion. Por lo cual se miró por el interes de unos y otros por los legisladores posteriores, y especialmente por los dos senadoconsultos de que vamos á tratar en este y en el siguiente título.

I. Efectivamente, en primer lugar el pretor,

siguiendo la equidad natural, llamó á las madres á la sucesion de sus hijos, y á estos á la sucesion de las madres, por el edicto *unde cognati*, *pr. Inst. h. t.*

II. Despues tambien el emperador Claudio, compadeciéndose de la afliccion de las madres, para consuelo de la pérdida de sus hijos, defirió á las madres las herencias legítimas de ellos, §. 1. *Inst. h. t.* A lo cual suele referirse aquel lugar de Suetonio, *Claud. XIX. A los fabricantes de naves para el comercio concedió varias prerogativas segun la condicion de cada uno; al ciudadano la vacacion de la ley Papia Popea; á los latinos el derecho de caballeros romanos, á las hembras el derecho de cuatro hijos.* Pero este pasage no puede referirse al derecho de suceder concedido á las madres de tres ó cuatro hijos en los bienes de estos, puesto que esto se introdujo despues en tiempo de Adriano, sino á la escusa de la tutela concedida á las madres que tenian esta circunstancia, como es de inferir de Ulp., *fragm. XXIX.* 3., y Schultingio, *annot. ad h. l. p.* 677. Es probable lo que observó Cujacio, *not. posteriorib. ad* §. 1. *Inst. h. t.*, y con él J. de Costa; es decir, que este beneficio de Claudio mas bien fue personal que no un derecho comun concedido á todas las mugeres.

III. Por fin aquella áspera sutileza del derecho civil fue quitada del todo por el *senadoconsulto tertuliano*, sobre cuya fecha apenas puede establecerse cosa cierta en medio de la gran oscuridad de los fastos consulares. En el §. 2. *Inst. h. t.* se dice haber sido hecho en tiempo de Divo

Adriano. Mas en atencion á que en el imperio de Adriano ningun consul aparece en los fastos llamado *Tertulio*, siendo asi que por el contrario en tiempo de Antonino, hácia el año del Señor 158, se nombraron los cónsules *Tertulo* y *Sacerdos*, sospechó Cujacio, *not. priorib. ad Inst. h. t.* (*), que en aquel párrafo de la Instituta se debe entender Antonino Pio, quien á veces lleva el prenombre de Adriano, adquirido por adopcion. Véase la *ley 37. ff. de judic. junct. l. 5. §. 1. ff. ad l. jul. de vi publ. l. 91. ff. ad l. falcid. junct. l. 93. ff. eod. l. 58. §. 3. ff. ad senatusconsultum trebell.* (**) Pero dudo que con esto quede la cosa del todo decidida. Es verdad que en tiempo de Adriano ningun Tertulio consul aparece en los fastos consulares; pero quién ignora que en un mismo año se sustituian muchos cónsules, de los cuales raras veces se hace mencion en los fastos consulares? En nuestro mismo derecho se hace mencion de los cónsules *Tertulo* y *Máximo*, *l. 29. §. 5. ff. ad leg. jul. de adult.*, de los cuales sin embargo nada hablan los fastos, ni se sabe de fijo el año de su consulado. Ademas, es muy raro el que se

(*) Asi tambien opinan Hotom. *de leg. p. m.* 157., y Vic. Gravina, *de leg. et senatusconsult. LXXXIII. p.* 655 *y sig.*

(**) Añade Cujacio otro ejemplo, á saber; la epístola de D. Adriano sobre el beneficio de division concedido á los fiadores, §. 4. Inst. de fidejuss. l. 26. ff. de fidejuss.; pues tambien cree que esta es de D. Pio, atendiendo á l. 49. §. 1. ff. de fidejuss. Pero que esto sea falso, se infiere de que dicha epístola de Adriano fue comprendida en el edicto perpetuo, Paul recept. sent. l. 21. 1. Por lo cual debe creerse que ya existia antes del imperio de Antonino Pio.

confundan los nombres de Adriano y Antonino; ni parece que sin mas ni mas se deba entender uno por otro. Pudiera creerse que favorece la opinion de Cujacio el que Zonaras XII, *p.* 593., dice haber una ley de Antonino Pio, en la cual se establecia que muriendo intestados los hijos, les sucediesen los padres, y que los hijos, en caso de carecer de hijos ellos mismos, dejasen á los padres la porcion legítima. Pero nadie que esté algo enterado en la historia del derecho puede ignorar cuan falso es todo esto (*). Porque ya mucho antes de los tiempos de Pio se habia concedido al padre la sucesion abintestato en los bienes del hijo emancipado, y ya antes le competia la queja de inoficioso; y que el derecho de la cuarta, para escluir la queja de inoficioso, fuese mas antigua, ya lo hemos observado arriba en el *lib. II. tit. XVIII. XIX.* §. 7.

IV. Por todo lo dicho parece lo mas seguro sentar que el senadoconsulto Tertuliano fue realmente hecho en tiempo de Adriano, pero que ha perecido la memoria de los cónsules sustituidos bajo los cuales se formó, sin que tampoco su fecha pueda con facilidad fijarse. Mas parece averiguado que el senadoconsulto Tertuliano sea mas antiguo que el Orficiano, y que antes se haya mirado por las

(*) Lo mismo debe creerse de la narracion del Chron. Pasch. ad ann. CLXXVI., donde dice el autor haberse establecido entonces que el padre sucediese abintestato á los hijos, y que al hijo ingrato se le dejase cierta cantidad de los bienes paternos. Pero ya demostró Jac. Godofredo, ad l. 1. C. Theod. de infirm. pœn. cœlib. et orb., cuan raras veces esponen con exactitud los historiadores recientes todo lo que pertenece al derecho.

madres acerca de los bienes de sus hijos, que no por los hijos respecto de los bienes maternos. La razon de esto, que Vinio en el *pr. Inst. de senatusconsulto orphit.*, confiesa ignorar, ha sospechado el sabio Ant. Scultingio, *ad Ulp. fragm. XXVI.* 8. *p.* 669., ser el que la madre, queriendo, podria usar de conmiseracion por medio del testamento, cosa que muchas veces no seria fácil á los hijos á causa de la edad. Por cuanto pues seria mas frecuente el que las madres quedasen sin participar de la herencia de los hijos, que no los hijos sin la de la madre, piensa el citado Scultingio no ser estraño que el senado haya pensado antes acerca de la sucesion de las madres que de la de los hijos.

V. Por lo demas el senadoconsulto Tertuliano establecia que la madre ingénua que tuviese el derecho de tres hijos y la libertina de cuatro, fuera admitida á los bienes de sus hijos ó hijas muertos abintestato, aun cuando dicha madre estuviese bajo la potestad de su padre, con tal sin embargo que estando sujeta á potestad agena, adiese la herencia con orden de la persona que la tuviese bajo su poder, §. 2. *Inst. h. t.*

VI. Se concede pues este beneficio á la madre, mas no á la abuela, segun espresa claramente Justiniano en el mismo §. Ni gozan de este beneficio todas las madres indistintamente, sino tan solo las que tenian el derecho de los hijos, de que hemos tratado arriba en el *lib. II. tit. XXV.* §. 2. *sig.* A la verdad, las madres ingénuas necesitaban de tres hijos; las latinas que habian conseguido el derecho quiritario de otros tantos, y las

cia de la madre intestada no pertenecia á los hijos, por cuanto las hembras no tenian herederos suyos. Ulp. *fragm. XXVI. 7.* Ni siquiera habia lugar á la posesion de los bienes *unde liberi* para obtener los bienes maternos, pues esta posesion se daba solo á los suyos ó á los que hubieran permanecido suyos, á no haber sido emancipados, *l. 1. §. 6. ff. unde liberi.*

II. Podia no obstante suceder que fuese lícito á los hijos pedir la herencia materna, ó instituir la queja del testamento inoficioso, aun antes que los hijos fuesen llamados por el senadoconsulto orficiano á la sucesion en los bienes maternos. En efecto, cuando las madres habian sido emancipadas por los padres, y no tenian por lo mismo ningunos agnados, competia á los hijos abintestato la posesion de los bienes *unde cognati*; alcanzada la cual podian impugnar el testamento de la madre, al modo que tambien podian impugnar un testamento otros á quienes se habia concedido la posesion de los bienes, *l. 6. pr. ff. de inoffic. test.* Pero si las madres estaban bajo la potestad de los padres, entonces eran como consanguíneas respecto de sus hijos, y por eso tambien en este caso los hijos, como próximos herederos abintestato, adiendo la herencia, podian sin duda alguna impugnar los testamentos maternos por la queja de inoficioso, segun la *l. 7. ff. eod.* Y efectivamente hay ejemplos de quejas de inoficioso movidas con-

titulo, bien que le crée diverso Schúlting. Jurispr. ant. p. 427.; cuya opinion parece mas verosímil, por cuanto no puede concebirse que tenga que ver la manumision con la sucesion de los hijos en los bienes maternos.

tra los testamentos maternos antes del senadoconsulto orficiano, de los cuales hace mencion Valer. Max. *VII.* 8. 2. *VII.* 7. 4. Plin., *epist.* *V.* 1. Véase Schulting. *Jurispr. ant. p.* 668.

III. Pero donde principalmente se miró por los hijos fue en el senadoconsulto orficiano, hecho por los cónsules Rufo y Orfito, *pr. Inst. h. t.* Juliano, Rufo y Gavio Orfito (*), ó como se llaman en los fastos de Hub. Golcio *ad ann.* 930. Vecio Rufo y Cornelio Escipion Orfito fueron cónsules en el año de Roma 931, 178 de Cristo, segun Henr. Noris. *epis consul. p.* 462. *tom. XI. thes. Ant. Rom.* Y por consiguiente consta que en el mismo año debió haber salido dicho senadoconsulto. Fue precedido por una oracion de los emperadores Antonino y Cómodo, recitada en el senado, de que habla Ulp. *fragm. XXVI.* 7. Por lo cual en Jul. Capitolin. *Vit. Marci Anton. XI.*, se leen estas palabras: *M. Antonino tambien añadió leyes sobre la vigésima parte de las herencias, las tutelas de los libertos, los bienes maternos, y asimismo sobre las sucesiones de los hijos por la parte materna.* En efecto, la última ley no es sin duda mas que el senadoconsulto orficiano, el cual por otra parte únicamente es atribuido á M. Antonino, *l.* 9. *ff. ad senatusconsultum tertull. et orphit. l.* 6. *ff. eod. l.* 230. *ff. de verb. signif.*

IV. Por lo demas este senadoconsulto conce-

(*) Aun no consta si debe escribirse orfitiano ú orficiano. El cognombre de los Orfitos es muy conocido en la antigüedad. No obstante, tambien se hace mencion de un tal Q. Orfico en una inscripcion de Gruter. p. 575. n.

dió asi al hijo como á la hija la herencia legítima de la madre, aun cuando estuviesen sujetos ó sujetas á potestad agena, de suerte que fuesen preferidos á los consanguíneos y agnados de la madre difunta, *pr. Inst. h. t.* Y este beneficio se concedió á todos los hijos, aun los que no tuviesen padre conocido, por cuanto su madre no puede ser incierta, §. 3. *Inst. eod.* Paul. *recept. sent. IV.* 10. 1. Ni se perdian por la capitis-diminucion estas sucesiones, §. 2. *Inst. eod.* Esto sin embargo deberá entenderse de la capitis-diminucion mínima, pues la legítima herencia de la madre intestada no podia pertenecer á la hija que por el senadoconsulto Claudiano se habia hecho sierva ó liberta, al modo que nunca pudiera pertenecer á latinos ó estrangeros, Paul. *ib.* §. 2. 3.

V. Pero aunque los hijos fuesen herederos del padre *ipso jure* (véase arriba *lib. III. tit. I.* §. 1.), se hacian sin embargo herederos de la madre, no *ipso jure*, sino ó por la simple adicion de la herencia, ó por la peticion de la posesion de los bienes, ó por la solemnidad de la crecion. Paul. *recept. sent. IV.* 10. 4., y Cujac. *ibid.*, manifiesta atendiendo á la *l.* 3. *C. ad senatusconsult. orphit.*, que el hijo puede tambien adquirir la herencia materna por la gestion-como-heredero.

VI. Pero tampoco este senadoconsulto careció de variaciones. En primer lugar se hizo estensivo á nietos y nietas, §. *Inst. h. t. l.* 11. *C. de suis et legit. lib.* Ademas, respecto de los que no tenian padre conocido, tan solo les permitió Justiniano suceder á las madres en el caso de que esta no fuese ilustre ni tuviese otros hijos legítimos, *l.*

pen. C. ad sen. cons. Orphit. Finalmente quedó sin ningun uso este senadoconsulto desde que en virtud de la *Nov. CXVIII.* empezaron los hijos á suceder con el mismo derecho al padre y á la madre.

CAPITULO V.

De la sucesion de los cognados.

A falta de herederos suyos y de agnados eran próximamente llamados á la sucesion los cognados. En este título esplicaremos el origen de este derecho, tomándolo de las Antigüedades.

I. Las leyes de las XII tablas no tenian ninguna cuenta con los cognados, por mas que se esfuerce en probar lo contrario M. Vetran. Mauro, *de jure liber XXVII.* Porque aun cuando en Paulo, *recept. sent. IV.* 8. 22., leamos: *por lo demas la ley de las XII tablas admite á los cognados sin distincion de sexo*; no obstante, Ritershusio. *ad h. t.*, y Jacobo Godofredo, *ad ll. XII. tab. tab. V.*, observaron muy bien ser mendoso el citado lugar de Paulo, y que debe leerse no *cognados*, sino *agnados.* Y en efecto, fuera de los herederos suyos, agnados y gentiles, ningun orden de suceder se ve establecido por el derecho decenviral.

II. El modo pues de suceder, de que tratamos, viene del derecho pretorio, conforme al cual, y atendiendo al edicto *unde cognati*, se prometia la posesion de bienes á los cognados, si faltasen herederos suyos agnados, segun observa el mismo emperador, *pr. Inst. h. t.*

III. Sabido es quienes se llaman *cognados*, á

saber; los que estan unidos por parentesco de sangre, aunque sea por medio de mugeres, *l. ult.* §. 2. *ff. de gratib.* Por las adopciones se verificaba la agnacion civil, la cual sin embargo no daba derecho de cognacion, sino de agnacion, *l.* 4. §. 2. *ff. de gratib.* Los que no tenian padre conocido, los cuales no tenian ningunos agnados, podian sin embargo tener sus cognados; pero no los siervos, por lo menos en razon de la sucesion, porque en las sucesiones ninguna cuenta se tenia con las cognaciones serviles, *l.* 1. §. 2. *ff. unde cognati*; tanto que ni aun por la manumision adquirian el derecho de cognacion, segun la *l.* 7. *ff. eod.*

IV. En el lugar de los cognados eran tambien tenidos los agnados que habian sufrido la capitis-diminucion mínima, á escepcion de los hermanos y hermanas emancipados, mas no de los hijos de estos, los cuales juntamente con los hermanos retenidos bajo potestad sucedian por porciones dimidiadas (*), §. 1. *Inst. h. t.*, y Teof. *eod. loc.*

V. Aun cuando empero fuesen tambien llamados á la sucesion los cognados, bien que solamente en el grado próximo, sin embargo, este beneficio del pretor no se estendia mas allá del séptimo grado, puesto que desde el grado séptimo eran llamados los nacidos de ambos sexos, de primo hermano ó prima hermana, §. *ult. Inst. h. t.*, al paso que los agnados no solo eran llamados hasta el décimo grado, sino hasta lo infinito.

(*) Sin embargo esto no deriva del derecho del pretor, sino de una ley anastasiana, de que hace mencion la ley 4. C. de legit. tutor. l. ult. de legit. hered.

Franc. Duar., *comment. ad tit. unde cognati*, *pag.* 580.

VI. Pero todo esto fue mudado por la jurisprudencia justiniánea, pues desde que por la *Nov.* 218. 4. fueron igualados en todo los cognados con los agnados, ya no se necesitó de este beneficio del pretor, y los cognados igualmente que los agnados empezaron á ser admitidos, no solo hasta el séptimo grado, sino hasta el infinito.

TITULO VI.

De los grados de las cognaciones.

Siendo frecuente en las cuestiones de sucesion contarse los grados de las cognaciones, creyó conducente Triboniano tratar de ellos en un título particular.

I. En la *l.* 10. §. 10. *ff. h. t.* enseña Paulo que se llaman grados *de la semejanza con las escalas y lugares declives, pues para recorrerlos pasamos de uno al inmediato, esto es, al que por decirlo asi nace de él.* Toda aquella prolija ley está tomada del *lib. singul.* de Paulo, *de gradibus et affinibus et nominibus eorum*, de cuyo opúsculo de Paulo, no mucho mas prolijo que esta ley, refiere Cujacio, *observ. IV.* 40., haber existido íntegro en la biblioteca de cierto amigo suyo.

II. Se imaginaban dos líneas, una recta, y otra trasversal; aquella comprende á los genitores y engendrados, esta á los emparentados lateralmente. Aquella se volvia á distinguir en superior é inferior. En estas líneas se contaban las per-

sonas, de suerte que una persona engendrada añadiese siempre un nuevo grado, *princ.* y §. 7. *Int. h. t.*

III. En la línea recta superior estan en primer grado el *padre* y la *madre*; en el segundo el *abuelo* y la *abuela*; en el tercero el *bisabuelo* y *bisabuela*; en el cuarto el *tatarabuelo* y *tatarabuela*; en el quinto el 4º *abuelo* y 4ª *abuela*; en el sesto el 5º *abuelo* y 5ª *abuela*; en el séptimo y demas grados faltan nombres propios, y se usa de la comum denominacion de *mayores* ó antepasados, *l.* 10. §. 7. *ff. h. t.* En la línea inferior estaban enprimer grado los *hijos* y las *hijas*; en el segundo los *nietos* y *nietas*; en el tercero los *biznietos* y *biznietas*; el cuarto los *tataranietos* y *tataranietas*; en el quinto el 4º *nieto* y 4ª *nieta*; en sesto el 5º *nieto* y 5ª *nieta*; en el séptimo grado á falta de nombres propios hay el nombre general de descendientes, *d. l.* 10. §. 7. *ff. eod.* Finalmente, en la línea trasversal se contaban en *segundo* grado los hermanos y hermanas; en el *tercero* los hijos é hijas (*) de hermano y de hermana, el tio paterno, tia paterna, tio materno, tia materna; en el *cuarto* los nietos y nietas de hermanos y hermanas, hijos é hijas de tio paterno, hijos é hijas de hermana de madre, los hijos é hijas de hermanos, el hermano y la hermana de abuelo paterno, hermano y hermana de abuelo

(*) Tambien estas cognaciones carecen de nombres propios. Véase á Glauto, pœnul. V. 2. Paul., l. 10. §. 14. ff. de grad. Algunas le tienen, v. g. los hijos ó hijas de hermano ó hermana, que llamamos sobrinos. V. Casaub. ad Spartian. Adrian. II.

materno; en el *quinto* los biznietos y biznietas de hermano y de hermana, los hijos é hijas de primos y primas, de sobrinos y sobrinas, los nietos y nietas de hermana de madre, los hijos é hijas de hermano y de hermana de abuelo paterno, de hermano y de hermana de abuelo materno, el hermano y la hermana de bisabuelo paterno, hermano y hermana de bisabuelo materno; en el *sesto* los terceros nietos de hermanos y hermanas, los nietos y nietas de primos y primas, de sobrinos y sobrinas, de hijos é hijas de hermana de madre, los nietos y nietas de hermano y de hermana de abuelo paterno, de hermano y de hermana de abuelo materno, los hijos é hijas de hermano y de hermana de bisabuelo paterno, de hermano y de hermana de bisabuelo materno, el hermano y la hermana del tercer abuelo paterno, y el hermano y hermana del tercer abuelo materno. Los demas grados carecen en latin de nombres propios, §. 7. *Inst. h. t.* Paul. *recept. sent. IV.* 11. 1. *sig.*

IV. Y como todo esto no es facil de entenderse, solian los antiguos jurisconsultos ponerlo á la vista en una lámina, segun hizo Justiniano en sus instituciones, y Teófilo en su paráfrasis; cuyas dos láminas se perdieron, bien que todavía nos quedan muchas de esta clase antiguas. Tres muy elegantes dió Isidoro de Sevilla, *Orig. IX. 7. p.* 1059. *sequ. edit. Dionys. Gothofr*; la primera de las cuales presenta la imágen de una escala, la segunda de un arbol, y la tercera la de una rueda. Otras de este género tuvo en su escritorio Cujacio, y publicó una en la edicion del código Teodosiano,

Lib. VI. obs. cap. XL. p. m. 268; la cual, no obstante que solo comprende los agnados, parece digna de ponerse aqui á la vista, para que asi pueda entenderse mejor el antiguo modo de delinear los grados de agnacion.

TITULO VII.

Tanto Vinio como casi todos los demas comentaristas, notan que en los mas de los manuscritos y en la paráfrasis griega no tiene este lugar ninguna inscripcion nueva, y que está unido al título anterior. Nosotros prescindiendo de esto esplicaremos algunas cosas que pueden hacer relacion á las Antigüedades.

I. Antiguamente ninguna cognacion se conocia entre los siervos en materia de sucesiones. Porque aunque para contraer nupcias se tenia en consideracion por derecho antiguo la cognacion servil, y era impedimento para dichas nupcias, si por ejemplo, habian sido manumitidos el padre y la hija, el hermano y la hermana, §. 10. *Inst. de nupt. l.* 14. §. 2. 3. *ff. de ritu nupt.*; á pesar de esto en las sucesiones se prescindia de esta natural cognacion de los siervos, *l. ult.* §. 5. *ff. de grad. et affinit.*

II. Ni esto debe entenderse solo de los siervos aun no manumitidos, que ni podian tener succesor ni suceder á otro, *l.* 4. *C. comm. de succes.*; sino tambien de los libertinos. Porque tambien á la muerte de estos tan solo eran llamados á la sucesion los herederos suyos, y no los agnados ni cognados. A falta de herederos suyos eran proxi-

DE LOS GRADOS DE AFINIDAD.

5.º abuelo.	Hermano de tercer abuelo.				
4.º abuelo.	Hermano de bisabuelo.	Hijo de hermano de bisabuelo.			
3.º abuelo.	Hermano de abuelo.	Hijo de hermano de abuelo.	Nieto de hermano de abuelo.		
Bisabuelo.	Hermano de padre.	Hijo de hermano de padre.	Nieto de hermano de padre.	Biznieto de hermano de padre.	
Abuelo.	Hermano.	Hijo de hermano.	Nieto de hermano.	Biznieto de hermano.	Tercer nieto de hermano.

De que modo se transmiten	Padre.	*las herencias por la ley.*

		YO.		
Muger que está bajo la potest. del marido.	*Son entre sí*	Hijo que aun no salió de potestad	*consanguíneos.*	Hija que está bajo potestad.
Nuera que está bajo la potestad del hijo.	*Tambien lo son*	Nieto que no salió de potestad.	*entre sí.*	Nieta que está bajo potestad.
La mug. del nieto q. está bajo la potes. de este.	*Lo son*	Biznieto q. no salió de potestad.	*entre sí.*	Biznieta que está bajo potestad.
La mug. del biznieto q. está bajo la pot. de este	*Lo son*	3.º nieto q. no salió de potestad.	*entre sí.*	3. nieta que esta bajo potestad.
La mug del 3.º nieto q. está bajo la pot. de este.	*Lo son*	4.º nieto q. no salió de potestad.	*entre sí.*	4. nieta que está bajo potestad.
La mug. del 4.º nieto q. está bajo la pot. de este.	*Lo son*	5.º nieto q. no salió de potestad.	*entre sí.*	5. nieta que está bajo potestad.

mos herederos los patronos, acerca de los cuales establecia la ley de las XII tablas que: *cuando un liberto muere sin testamento y sin herederos suyos, si vive su patrono ó sus hijos, los bienes del liberto pasen á la familia de dicho patrono.* Jac. Godofr. *L. XII. Tab. Tab. V.*; de cuya ley hablaremos en el título siguiente.

III. Como esto pareciese inhumano al humanísimo emperador Justiniano, corrigió aquel antiguo derecho por una constitucion suya, y quiso que si alguno constituido en condicion servil tuviese un hijo ó hijos, bien fuese de muger libre, bien de una sierva, ó por el contrario una sierva tuviere de un hombre libre ó de un siervo hijos de cualquier sexo, y llegando estos á obtener la libertad, mereciesen esta los que habian salido de vientre servil, ó mientras eran libres las mugeres los hubieren tenido en esclavitud, y despues hubiesen alcanzado libertad, que todos estos entren en la sucesion del padre ó de la madre, quedando debilitado en esta parte el derecho de patronato. *Princ. Inst. h. t.*

IV. Ya no existe aquella constitucion de Justiniano, que desaparecció con el primer código; mas no obstante presenta Cujacio un compendio de ella, espresado en latin en ciertos pergaminos, *Obs. XX.* 34., donde tambien hace mérito de una constitucion griega de las Basílicas, que cree ser la constitucion íntegra del emperador Justiniano. Y á la verdad, que haya sido escrita en griego, bien se conoce por el §. 3. *Inst. de success. libert.*

TITULO VIII.

De la sucesion de los libertos.

Entre los romanos era muy frecuente que los libertinos fuesen ricos; y por eso era muy importante fijar quien les sucederia en sus bienes. Y aunque todos los libertinos, segun hemos observado arriba, fuesen ciudadanos romanos, ya sin embargo por derecho antiguo era distinta la sucesion de los libertos de la de los ingénuos, como se verá por lo que vamos á decir.

I. Al modo que á los ingénuos sucedian en primer lugar los herederos suyos, y en segundo los agnados, del mismo modo eran llamados á la sucesion de los libertos, en primer lugar los herederos suyos, y en segundo los patronos ó los hijos de estos. En el §. II. del título anterior manifestamos la misma ley decenviral. V. *Ulp. Frag. XXVII.* 1. y *XXIX.* 1. Los patronos en efecto, segun observa muy bien Arn. Vinio *ad pr. Inst. h. t.*, se consideraban entre los romanos con el mismo derecho que los agnados; lo cual observando tambien Justiniano en la constitucion griega, Cujac. *Obs. XX. parecen*, dice, *agnados de los libertos los que los manumitieron.* Por lo cual los libertos tomaban los nombres de los patronos como hijos, segun Lactanc. *Div. Inst. IV.* 3. Asi fue que un liberto de Pompeyo se llamó Pompeyo Lineo, Plin. *Hist. nat. XXV.* 5.; otro de Ciceron Laureo Tulio, Plin. *Hist. nat. XXXI.* 2. y otro Tulio Tiron, de quien se hace frecuente

mencion en las epístolas familiares (*). Y aun muchas veces los patronos dejaban legados á sus libertos, para que no dejasen su nombre. V. *legat.* 94. *ff. de legat.* 3. *l.* 88. §. 6. *de legat.* 2. *l.* 108. *ff. de condit. et demonstr.* Por esto no es de estrañar que en las sucesiones de los libertos tuviesen los patronos el mismo lugar que tenian los aguados en las herencias de los ingénuos.

II. Por consiguiente al liberto no podia suceder el patrono, siempre que aquel tuviese herederos suyos, cuales eran los hijos, no tan solo naturales, sino tambien adoptivos, como asimismo la muger que estaba bajo la potestad del marido. Pero faltando estos podia el liberto preterir al patrono en el testamento; mas si moria intestado eran llamados á la sucesion los patronos ó sus hijos, dividiendo la herencia por cabezas, y escluyendo los grados mas remotos. Por esta razon, si habia un patrono y un hijo de otro patrono, la herencia se devolvia solamente al patrono. Tampoco los nietos del patrono podian suceder si quedaba el hijo de otro patrono. Y asi sucedia en los

(*) Esto consta tambien por las mismas leyes romanas. Véase la l. 77. §. 15. ff. de legat. 2. l. 38. §. 2. y l. 94. ff. de leg. 3. Dion. Godofr. ad l. 108. ff. de cond. et demonstr. Carl. Sigon. de Nomin. Rom. p. 1418, quien observa tambien, fundado en Plínio y Quintiliano, que los libertos tomaban el nombre del patrono, los siervos el prenombre de su señor, llamándose, por ejemplo, Lucíporas, Marcípores, Publípores, como si dijeramos: Pueros Lucii. Marci, Publii. Por lo demas fuera de estos patronos los libertinos se elegian tambien otros, á cuya tutela se confiaban, llamándose por esta razon clientes suyos. Véase Casaub. ad Sueton. Jul. II.

demas casos. Ulp. *ibid.* Paul. *Rec. Sent. III.* 2. 1. *sig. l.* 23. §. 1. *ff. de bon. libert.*

III. Pero despues esta libertad de testar pareció inicua á los pretores, quienes para que los patronos (*) no quedaran privados de las herencias de los libertos creyeron que debian mirar por ellos publicando un edicto. Por virtud de este, el liberto que moria dejando hecho testamento, no teniendo hijos suyos y naturales, tenia obligacion de dejar al patrono ó á sus hijos la mitad de los bienes. Si no habia dejado nada, ó habia dejado menos de la mitad, se daba al patrono, contra el testamento, la posesion de la mitad de los bienes (**). Ulp. *ibid.* Suet. *Neron. XXXII.* Dion Cas. *LI. p.* 454.

IV. Si el liberto habia muerto intestado, dejando heredero suyo, pero tan solo adoptivo ó muger que estaba bajo su potestad, se daba tambien al patrono contra estos herederos suyos la bonorum-posesion de la mitad. Ulp. *l. c.* Solo pues escluian al patrono los hijos naturales, ya suyos, ya emancipados, ya dados en adopcion, con tal que hubiesen sido escritos herederos en alguna porcion, ó hubiese pedido la posesion de

(*) Todo este beneficio perteneció á los patronos, mas no asi á las patronas, siendo asi que las leyes de las XII tablas no habian hecho ninguna distincion entre unos y otras. Ulp. XXIX. 4 y 5.

(**) No se daba esta posesion de los bienes, á no ser que estuviese dada la herencia, ó pedida la posesion de los bienes, lo cual sucedia de otro modo en la bonorum-posesion que se daba á los hijos contra el testamento. Mas latamente esplica esto Ant. Faber. Error. pragm. de cad. L. err. 7. n. 6. sig.

los bienes contra el testamento. De otra manera se consideraban como desheredados, y por tanto no podian escluir al patrono, §. 1. *Inst. h. t.*

V. Pero todas estas disposiciones del edicto del pretor eran solamente relativas á los bienes de los libertos. *En los bienes de la liberta*, dice Ulpiano, *no da el edicto al patrono ningun derecho. Fragm. XXIX.* 2. Lo cual no debe entenderse como si el pretor no hubiese querido socorrer á los patronos, sino porque en este punto no habia necesidad del beneficio del pretor. En efecto, las libertas no tenian ningunos herederos suyos que escluyesen á los patronos. Y como estos eran los tutores legítimos de ellas, se seguia que no podian testar ni casarse sin su autoridad. Ulp. *Frag. XI.* 27. Y asi muriendo ellas intestadas, siempre pertenecia la herencia á los patronos, ni sucedia que estos quedasen escluidos de los bienes de las libertas.

VI. Mas por la ley Papia Popea, que propuso varios premios á la fecundidad, tambien á las libertas se concedió en cierto modo la facultad de escluir á los patronos de la herencia. Esta ley efectivamente libró de la tutela á las libertas que tuviesen cuatro hijos, Ulp. *Frag. XXIX.* 3., ó alcanzasen por beneficio del príncipe este derecho de los cuatro hijos, de lo cual hay un ejemplo en Sueton. *Claud. XIX.*, y en Grut. *Inscr. p.* DCXXXI. 2., donde se hacen mencion de Cornelia Zosima, *que tenia por beneficio del César el derecho de cuatro hijos.* Era pues consiguiente que estas libertas pudiesen testar libremente sin la autoridad de los patronos, y que escluyesen á estos

de la herencia. No obstante, para que asi no quedasen defraudados los patronos, se estableció en dicha ley, que en proporcion al número de hijos que quedasen de la liberta, se debiese al patrono una porcion viril. Ulp. *ibid.* V. nuestr. *Comment. ad l. Jul. et Pap. Popp. II.* 11. *p.* 242.

VII. Por la misma ley se establecieron algunas disposiciones sobre los bienes de los libertos, de cuyas disposiciones habla Justiniano en el §. 2. *Inst. h. t.* En efecto se estableció que de los bienes de aquel liberto que habia dejado un patrimonio de novecientos sestercios, y menos de tres hijos (bien hubiese muerto con testamento ó sin él) se debiese una porcion viril al patrono ó á sus hijos varones; pero que si tuviesen tres hijos, no tuviesse el patrono ningun derecho en la herencia. Pero si no reuniese cien sestercios, tuviese el liberto libre facultad de testar, y si el liberto no tuviese hijos, sucediesen obintestato por derecho antiguo los patronos ó sus hijos varones; mas si muriese dejando hijos, no tuviese el patrono ningun derecho en sus bienes. En efecto, esta suma para la opulencia del tiempo de Augusto, sin duda parecia pequeña para que las leyes la tuviesen en consideracion, Perizon. *Dissert. de lege Vocon. página* 171. V. Jac. Godofr. *ad leg. Pap. Popp. XXV.* p. 296, y nuestr. *Comment. II.* 22. *p.* 350. *sig.*

VIII. Finalmente, como el beneficio del pretor, que hemos descrito en los §. III. y IV., pertenecia á solos los patronos, y no á las patronas, la misma ley Papia Popea, dió á las patronas ingénuas que tuviesen dos hijos, y á las libertinas

que tuviesen tres, el derecho que el patrono tenia por el edicto, á saber; que pudiesen pedir la posesion de bienes contra testamento del liberto, y en caso de no haberse dejado testamento, contra los herederos no naturales. Ulp. Frag. XXIX, 5, 6. Véase nuest. *Comment. ad leg. Jul. et Pap. Poppæam.* §§. 22. *p.* 357. La misma ley Papia concedió á los hijos de la patrona ingénua honrada con el derecho de tres hijos, el mismo derecho que habia dado á la patrona. Ulp. *ibid.* n. 7. *Comm. nostr.* §§ 22. p. 358.

IX. Empero todas estas leyes no hablan mas que de los libertos que eran ciudadanos romanos. Porque en el tiempo que se formaron las XII tablas, asi como la república era libre, todos los libertinos aspiraban á ser ciudadanos romanos. Despues en el reinado de Augusto, que fue cuando se promulgó la ley Papia Popea, algunos libertinos empezaron á ser de condicion deditícia, al modo que en tiempo de Tiberio tuvieron principio los Junianos latinos; pero ni los latinos ni los deditícios tenian el derecho de testamenti faccion, *l.* 1. *ff. de suis et legit. hered.*, reteniendo sus bienes, como peculios de siervo, los mismos manumisores, §. 4. *Inst. h. t.* Por fin el senadoconsulto Largiano (*) estableció que los hijos del

(*) Este senadoconsulto parece haber sido hecho en el año de la fundacion de Roma 794, en el consulado de Ti. Claudio, de Druso y Cecina Largo. Y el que se haya llamado Largiano y no Claudiano este senadoconsulto debe consistir en que Claudiano César tan solo desempeñó el consulado durante dos meses, y á su cólega Largo prorogó la magistratura por el año, segun Dion Casio LX. p. 671.

los libertos, porque lo que se dijo en general en el título anterior, de que los hijos del patrono, muerto el padre, sucedian por iguales porciones en los bienes de los libertos, se debe entender en con esta escepcion; es decir, que el patrono no hubiese asignado á uno de los hijos el liberto. Cual haya sido esta asignacion, vamos á esplicarlo en este título.

I. Por derecho antiguo eran bastante pingües los derechos de patronato; porque ademas de la esperanza de sucesion, unida con este derecho, de lo cual hemos tratado en el título precedente, se debian al patrono ciertos trabajos, donativos y atenciones. Véase Jacobo Oisel, *ad Caii Inst. II. 9. 4. p. m.* 156. Y aun el liberto, no menos que su hijo, estaba obligado á alimentar al patrono, segun sus facultades, si este cayese en pobreza. Paul. *Rec. Sent. II.* 32. 1. *l.* 5. §. 18. y *l. ult. ff. de agnosc. et alend. lib.* Por lo cual los libertos ricos venian á ser como una parte del patrimonio; y en consideracion á las leyes, se creia rico aquel que tenia muchos libertos ricos.

II. Al modo pues que los padres solian dar á los hijos cierta porcion de bienes, asi tambien podian asignar á los mismos los libertos. Asignar pues un liberto era testificar de quien de los hijos queria el padre que fuese el liberto, *l.* 107. *ff. de verb. signif.* Esta asignacion no solo se hacia en testamento y en codicilos, sino tambien por via de contrato ó donacion entre vivos ó por causa de muerte, en cualesquiera palabras que fuese, en carta, en escritura puramente, bajo con-

dicion, y aun con el solo consentimiento, *l.* 1. §. 3., y *l.* 7. *ff. de asign. lib.* Dábase no obstante esta facultad de asignar tan solo al que tenia dos ó mas hijos en su potestad, §. 2. *Inst. h. t.* Y si aquel á quien habia sido asignado el liberto hubiese sido emancipado, se desvanecia ó perdia la asignacion, *l.* 1. *fin. ff. eod.* §. 2. *Inst. h. t.* A lo cual no se opone la *l.* 9. *ff. h. t.*, en la cual dice Modestino, que tambien á un emancipado se puede asignar un liberto. En efecto, el padre puede, si quiere, asignar en favor de un hijo emancipado; pero si lo asignare en favor de uno que estuviese en su potestad, y despues lo emancipase, se considera que ha mudado de parecer. Meril., *Obs. VII.* 3.

III. Sobre esta asignacion de los libertos salió el senadoconsulto Claudiano en el año de de Roma 799, siendo cons. subst. (*) Veleyo Rufo y P. Ostorio Scapula, cuyas idénticas palabras nos conservó Ulpiano en la *l.* 1. *pr. ff. h. t.* «Si alguno que tuviere bajo su potestad dos »ó mas hijos, nacidos de legítimas nupcias, señalase respecto de un liberto ó liberta suya, á »quien de sus hijos quiere que pertenezca dicho »liberto ó liberta; este hijo ó hija, en caso de

(*) En el §. 3. *Inst. h. t.* estos cónsules son llamados Sabelio Rufo y Osterio Escapula; en la *l.* 1. *pr. ff. eod.* Veleyo Rufo y Asterio Escapula, como tambien se lee en Hub. Golcio, *Fast. p.* 239. Figh. cree haber restituido los nombres genuinos, *Ann. lib. XVIII, p.* 576, *tom. III.*, donde á uno le llama P. Servilio Rufo, y al otro P. Ostorio Escapula. Pero Binkersh. *Obs. III.* 7. *p.* 22., enseña que muchas veces se confunden los nombres de *Asterio*, *Husterio*, *Osterio*, *Austerio* y *Austero*.

II. Segun Ulpiano, *l.* 3. §. 2. *ff. de bon possess.*, la bonorum-posesion, ó posesion de bienes, es *el derecho de reclamar ó retener la posesion del patrimonio ó cosa que fue de cada uno cuando se muere.* Mas como esta definicion sea un poco oscura, mejor será decir que es una herencia adjudicada por edicto y arbitrio del pretor (*), á ciertas personas inhábiles por el derecho civil.

III. Por lo demas hay varias clases de posesiones de bienes. Unas son *ordinarias*, introducidas por el pretor, *l.* 3. §. *ult. de Carbon. edict.*: otras *estraordinarias*, que dimanan de las leyes, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, ó del derecho nuevo, §. 3. *Inst. h. t.* Sobre las posesiones de bienes estraordinarias que han derivado de las constituciones de los príncipes, se ha de consultar á Cujacio, *Obs. XI.* 14. Las ordinarias, ó eran *edictales*, es decir, aquellas en que no habia necesidad de conocimiento de causa, *l.* 30. §. 1. *ff. de adquir. hered.*, *l.* 1. §. 4. *ff. si tabulæ test.*

(*) El que hubiese estado en las facultades del pretor el dar ó negar la posesion de bienes, lo demuestran bastante algunos ejemplos, en los cuales el pretor negó dicha posesion de bienes á ciertas personas, á quienes sin embargo no habia esceptuado en su edicto. En efecto Q. Metelo, pretor, reusaba dar á un tal Vecilio, alcahuete, la posesion de los bienes de Juvencio, segun el testamento, tan solo porque era alcahuete. *Val. Max. VII.* 7. 7. A veces no obstante intercedian tambien los cónsules. Asi es que habiendo Genucio impetrado de Cn. Oreste, pretor, una posesion de bienes, segun testamento, el cónsul Mamerco Emilio Lépido no dudó abrogar la jurisdiccion pretoria, no por otra causa que porque Genucio, que tenia amputadas las partes genitales, no era varon ni muger. *Val. Max. VII.* 7. 6.

nullæ exstab.; ó *decretales*, que necesitaban conocimiento (*) y decreto, *l.* 1. §. 7. *ff. de success. edit.*, *l.* 2. §. 1. *ff. quis ordo in possess. servetur.*, *l.* 2. §. 11. *ff. ad Senatusconsultum Tertull. et Orphit.* Una y otra se daban ó por testamento ó abintestato. Si era por testamento, entonces ó se daba contra el testamento (*contra tabulas ó contra lignum*), ó segun el testamento, *pr. Inst. h. t.*; ó si el testamento se habia hecho abierto, competia la posesion de bienes, segun la nuncupacion, ó contra ella, *l. ult. C. de bonor. poss. secund. tab.* *l.* 1. *C. de bon. poss. contra tab.* Abintestato se daba ó á los que tenian derecho legítimo, ó á los que no lo tenian por capitis-diminucion. Finalmente, la posesion de bienes ó se daba con la cosa ó sin la cosa. *Con la cosa*, si el que habia recibido retenia con efecto los bienes; *sin la cosa.*, cuando otro por derecho civil podia lograr la herencia. Si por ejemplo, habiendo un heredero suyo abintestato, se daba á otro la posesion de los bienes, esta posesion era *sine re*, sin la cosa, por cuanto al heredero suyo tocaba lograr la herencia por derecho legítimo. Ulp. *Frag. XXVIII.* 13. *XXIII.* 6.

IV. Por lo que toca á las posesiones de bienes que se derivan de testamento, estas, segun dejo dicho, ó se daban *segun testamento*, ó *contra testa-*

(*) A la verdad las posesiones de bienes unas se pedian de plano y otras en el tribunal, *l.* 2. §. 1. *ff. quis ordo in bon. possess.* Pero las que exigian decreto no podian darse de otro modo que en el tribunal; porque el decreto no podia interponerse de plano, ni el conocimiento de causa se hacia sino en el tribunal, *l.* 3. §. *si causa* 8. *ff. de bon. possess.*

mento. La posesion de bienes contra testamento era la primera de todas de que habia dado disposiciones el pretor en su edicto; por lo cual siempre que se daba contra testamento la posesion de bienes, se decia que se daba *por la primera parte ó por el primer edicto*, *l.* 4. *l.* 12. *ff. de edict. Carbon.* y *l.* 2. *ff. de bon. liber.* Cuyo orden recomienda muchas veces por su equidad Ulp. *l.* 2. *pr. ff. de bon. poss. sec. tab.*

V. Esta posesion de bienes se daba á los hijos emancipados preteridos por el padre en el testamento, no á los suyos, pues estos siendo preteridos hacen nulo el testamento, *l.* 1. *ff. de injust. rupt. irr. fact. test.*, á no ser que prefieran usar de este remedio que les compete por derecho nuevo, *l.* 2. *C. de bon. posses. contra tab.* Propiamente, sin embargo, esta posesion de bienes, segun dije, solo pertenece á los emancipados; porque aun cuando á estos no se les debe herencia legítima, el pretor no obstante, siguiendo la equidad natural, llamaba tambien á estos á la posesion de bienes, *l.* 1. §. *ult. ff. quis ordo in bon. possess.* En la misma parte del edicto llamaba á los adoptivos; pero no á los dados en adopcion, Ulp. *Fragm. XXXVIII.* 3.; porque á estos, por cuanto habian pasado á otra familia y hogar, no los ayudaba el pretor, sino en el caso de que ellos hubiesen sido instituidos herederos por el padre natural, y otros hijos preteridos. Entonces, pidiendo estos la posesion de bienes, eran aquellos admitidos al mismo tiempo, *l.* 8. §. 11. *ff. de bon. possess. contr. tab.* *l.* 1. §. 12. *ff. de ventr. in poss. mittend.* Por otra parte nada importaba

el que los emancipados fuesen naturales ó adoptivos, ó naturales, ó póstumos, ó de primero ó de ulteriores grados, *l.* 1. *pr. l.* 3. *pr.* §. 1. y *sig. ff. de bon. possess. contra tab.* Por lo demas los emancipados, en habiendo alcanzado contra testamento la posesion de bienes, debian dar una caucion á sus hermanos que habian quedado bajo potestad, de que presentarian los bienes que habian tenido á la muerte del padre. Paul. *Recept. Sent. V.* 9. 4. Ulp. *Frag. XXV.* 4.

VI. *Segun testamento* se daba la posesion de bienes á aquellos á quienes, aunque nombrados herederos, obstaba alguna sutileza del derecho civil. Y si no hubiese ó no pidiese ninguna de aquellas personas, á las cuales competia la posesion de bienes contra testamento (*), el pretor admitia á los herederos nombrados, con tal que el testamento estuviese signado con las firmas de no menos que siete testigos ciudadanos romanos. Ulp. *Fragm. XXVII.* 6.; porque era la única solemnidad que requeria en los testamentos el pretor. Por lo cual dice Verres en su edicto, Cic. *Verr.* §. 45. «Si se duda acerca de la herencia, y »se me presentaren las tablas de un testamento »con un número de firmas no menor que el fija»do por las leyes, daré principalmente la heren»cia segun las tablas del testamento." Por cuyo pasage conocemos tambien que esta posesion de bienes es bastante antigua, especialmente obser-

(*) El pretor no podia quitar su derecho á ningun heredero legítimo. Por lo cual esta posesion de bienes segun testamento no siempre se daba *cum re*, obstando el derecho civil. Ulp. *Frag. XXIII.* 6.

vando sobre este lugar Ciceron, que dicho edicto era *traslaticio.*

VII. La posesion de bienes *abintestato* se daba no habiendo testamento por ocho grados (*). El primero se llamó *Unde liberi*, y esta posesion de bienes se daba á los hijos no solo emancipados y adoptivos, sino tambien á los suyos, á quienes llamaba por confirmar el derecho civil; pero no á los dados en adopcion. Ulp. *Fragm. XXVIII.* 8. El segundo, *Unde legitimi*; y en esta parte del edicto llamaba el pretor á la posesion de bienes á aquel *á quien corresponderia ser heredero del difunto, si este hubiese muerto intestado.* (**). Tales eran los agnados á quienes se debia la herencia, segun la ley de las XII tablas, y tambien todos los demas á quienes hacia herederos otra ley ó senadoconsulto, *l.* 2. § 4. *l.* 3. *ff. unde legit.* A estos tambien se agregaba segun el derecho antiguo el manumisor estraño; porque si uno que fuese á emancipar un hijo, lo mancipase tres veces á un estraño por medio de la venta imaginaria, y este estraño manumitiese al mismo, sin que el padre natural hubiese interpuesto el pacto de fiducia sobre la remancipacion, el estraño adquiria para sí el derecho de patronato, y por tanto estaba en lugar de agnado. Véase arriba el *lib. I. t. XII.*

(*) Ulpiano en el *Frag. XXVIII.* 7., tan solo cuenta siete grados, omitiendo el grado séptimo.

(**) Estas son las propias palabras del edicto que conservó Juliano en la *l.* 1. y 4. *ff. unde legitimi*, por lo cual esta posesion de bienes se llama tambien *tum quem heredem*, por ser estas las palabras iniciales, *l. un.* §. *ult. ff. ut ex legib.*

§. 9. y *lib. III. tit. VIII.* §. 1. Sin embargo, á este manumisor estraño preferia el pretor diez personas, y este es el origen del tercer grado, *Unde decem personæ.* Tales eran el padre, la madre, el abuelo, la abuela, tanto paternos como maternos, el hijo, la hija, el nieto, la nieta, asi por parte de hijo como de hija, el hermano ó la hermana, consanguíneos ó uterinos, §. 1. *Inst. h. t.* Ulp. segun el aut. de la *Collat. Leg. Mos. et. Rom. XVI.* 9. (*). Y de este capítulo dimanó la posesion de bienes de que hace mencion Valer. Max. VII. 7. 5. El cuarto grado era *Unde cognati*; porque aunque no llamasen á estos las leyes de las XII tablas, *l.* 1. *pr. ff. unde cogn.*, el pretor llamaba á sus allegados, y aun agregaba á estos los agnados capite-minuidos, Ulp. *Fragm. XXVIII.* 9. Por el quinto *Tamquam ex familia* (**), eran llamados los agnados de los patronos, á quienes por otra parte, segun las leyes de las XII tablas no se debia la sucesion en los bienes de los libertos, Ulp. *Frag. XXVIII.* 7. El sesto se titulaba *Pro patrono*; porque aunque hasta entonces

(*) En los fragmentos de Ulpiano está omitido el grado de la posesion de bienes *Unde decem personæ*, acaso porque entonces la emancipacion se hacia interponiéndose el pacto de fiducia, no siendo por esta razon de no mucho uso este edicto. Pero en las Pandectas se guarda un alto silencio sobre esta posesion de bienes, por cuanto se habia desvanecido en virtud de la constitucion de Justiniano, de que se habla en el §. 1. *Inst. h. t.*

(**) O mas bien *Tum quem ex familia*; porque todos estos géneros de posesion de bienes tomaron el nombre de las palabras iniciales de los capitulos del edicto. Cujac. *ad Ulp. Frag. XXVIII.* 7. Jan. a Costa *ad* §. 2. *Inst. h. t. y* §. *Inst. quib. mod. tut. fin.*

pareciese haberse mirado bastante por los patronos y sus hijos constituidos bajo su potestad, sin embargo creyó el pretor que debia llamarlos, si acaso por el tiempo ó por repudiacion sucedia que no pudiesen presentarse apoyados por alguna de las precedentes partes del edicto. Y aun por esta parte del edicto eran tambien llamados los hijos de los patronos, emancipados y dados en adopcion, é igualmente los padres de los patronos, con los cuales no se habia tenido cuenta en el derecho civil. Véase *Teof.* al §. 1. *Inst. h. t.* Schulting. *Jurispr. vet Antejust. p.* 673. Por lo cual no tenian por que admirarse Fr. Hotomano, Bacovio, Arn. Vinio y otros varones doctísimos, de que en el edicto del pretor se llamase tantas veces á los patronos á la posesion de los bienes. El séptimo grado es *Unde vir et uxor*; pues aunque antiguamente no tuviesen los cónyuges necesidad del beneficio del pretor, haciéndose como se hacian las nupcias por confarreacion, ó por coempcion, ó por uso, por cuanto entonces el marido tomaba todos los bienes de la muger con el nombre de dote, y la muger era respecto del marido heredera suya. (Véase arriba el *lib. I. tit. X.* §. 6. 7.); no obstante era grande su uso desde que empezaron á ser mas raros aquellos ritos de las nupcias. Por lo demas en virtud de este edicto el marido sucedia á la muger intestada, y la muger al marido intestado, si no habia nadie que por los grados anteriores fuese llamado á la posesion de los bienes. Teof. *ad* §. 1. *Inst. h. t.* Finalmente, en octavo lugar eran llamados los *cognados del manumisor*; pues el que fuesen llamados á los bienes del hijo

emancipado el padre manumisor y sus agnados y cognados, é igualmente el patrono del patrono, aun cuando fuese este mismo libertino, lo manifiesta el emperador en la tantas veces citada constitucion sobre la sucesion de los libertos, que existe en las Basílicas, *tom. IV. p.* 595.

VIII. Hasta aqui se estudia el beneficio del pretor. Si no habia nadie á quien perteneciese la posesion de bienes, ó si aunque hubiese alguno omitia usar de su derecho, ó no podia sacar fruto de él, ó se moria antes de abrirse el testamento, todos los bienes como caducos, cuasi caducos, erepticios y vacantes se adjudicaban al pueblo por la ley Papia Popea. y por tanto sucedia el erario. Ulp. *Frag. XXXVIII. 7. I.* 21. *l.* 13. *pr. y l.* 15. §. 15. §. 3. *ff. de jure fisci.* Despues esta clase de bienes no era ocupada en parte por el pueblo, sino por el fisco, especialmente en tiempo de Adriano, *l.* 20 §. 6. *ff. de hered. petit.* Tacit. *Annal. III.* 28. Finalmente, Antonio Basiano Caracalla (*) vindicó para el fisco todos los bienes caducos. Ulp. *Frag. XVII.* 2.

IX. Habiendo el pretor introducido muchos grados de sucesion, y dispuéstolos por orden, y como en cada especie de sucesion hubiese frecuentemente muchas personas de desiguales grados; para que no se difiriesen las acciones de los acreedores, y á fin de que tuviesen contra quien reclamar, y que no fuesen puestos fácilmente en la

(*) Despues de Ezech. Spanhemio, demostró claramente Schultingio. *Jurisp. vet. Antejust. p.* 617, que siempre que Ulpiano habla absolutamente del emperador, lo dice las mas de las veces por Ant. Caracalla.

posesion de los bienes del difunto, habia señalado cierto tiempo determinado para pedir la posesion de los bienes, á saber; para los padres y los hijos un año. y para los demas cien dias útiles. Ulp. *Frag. XXVIII.* 10. §. 4. 6. *Inst. h. t.* Si los dias en que el padre habia sabido corresponderle la posesion de bienes, caian tambien para el hijo, lo disputan Cujacio, *Observ. XIV.* 8. y Meril. *V.* 2. Si no se pedia dentro de estos dias, era admitido á la posesion de bienes el siguiente grado como si no existiesen los anteriores, §. 5. *Inst. h. t.* Ulp. *ibid.* §. 11. Todo lo cual dimanaba del edicto sucesorio, del cual existe un título en las Pandectas.

X. Por lo demas la antigua peticion ó reconocimiento de la posesion de bienes era solemne, segun se infiere de la *l.* 1. *C. comm. de success.*; y por tanto debia hacerse con ciertas palabras y fórmulas determinadas, que hoy apenas consta cuales hayan sido, ni pudo restituir Brisonio. Ni ante cualquiera magistrado podia pedirse la posesion de bienes, sino tan solo en Roma ante el pretor, y en la provincia ante el presidente, *l.* 2. §. 1. *sig. ff. quis ordo in bon. possess.* Pero estas fórmulas, igualmente que la necesidad de recurrir al pretor ó al presidente, fueron suprimidas por los emperadores siguientes, §. *ult. Inst. h. t.*, y especialmente por Constantino, quien escluyendo las vanas sutilezas de palabras concedió que se pudiese recurrir á cualquier Juez ó magristrado, aunque fuese municipal, y que ante él se pidiese la posesion de bienes, interponiéndose cualquier disposicion testamentaria, *l. ult. C. qui admitt. ad bon. possess.*

XI. Al modo que de los herederos pretorios se decia que *pedian y demandaban* la posesion de bienes, asi tambien la *daba* el pretor, y entonces se decia que la posesion de bienes *se recibia ó admitia.* Al darla usaba el pretor de esta fórmula: *Doy la posesion de bienes.* Pero si la daba interponiendo un decreto, decia: *Mando ir á los bienes* (entrar en su posesion). Val. Max. *VII.* 7. Otra era la razon de la fórmula, *mando estar en la posesion*, que tenia lugar cuando el pretor enviaba á la posesion para conservar la cosa ó conservar los legados, ó porque el reo no pareciese, ó no se defendiese. Por tanto estas palabras solemnes mas bien parecen haber pertenecido á la llamada *possessio bonorum* que á la *bonorum possessio.* Bris. Form. *V. p.* 408.

XII. Este fue el derecho antiguo de la posesion de bienes; pero Justiniano varió mucho sobre el particular, segun su costumbre, pues de las posesiones de bienes abintestato quitó enteramente la tercera, quinta y octava especie. De las demas mandó hacer mencion en las Pandectas, habiéndolas despues inutilizado por haber introducido en virtud de la Nov. CXVIII. un nuevo método de sucesion abintestato. §. 2. 3. *Inst. h. t.*

TITULO XI.

De la adquisicion por abrogacion.

Varios son los modos de adquirir universales. Cayo, *Inst. II.* 2. *pr.*, refiere á ellos la *herencia*, la *compra* (por la cual no entendemos con Contio

el acto de caer la muger bajo la potestad del marido, ni con Aleandro la compra de la herencia, sino la compra de los bienes del deudor, V. Jac. Visel. *ad Caii Inst. l. c. p. m.* 92.) y la *abrogacion.* Pero Ant. Contio, *disp. jur. civ. I.* 12., añade y con razon otros modos de adquirir, como la *posesion de bienes*, *la adicion de bienes para conservar las libertades*, y la que se hacia *reduciendo una muger libre á esclavitud por el senadoconsulto claudiano.* Habiendo pues tratado hasta aqui con bastante prolijidad el emperador de las *herencias y posesiones de bienes*, y quedando ya arriba suficientemente esplicada la *compra de bienes* que ya no se usaba en tiempo de Justiniano, ahora trataremos de las demas especies de adquisiones que se hacen por una universalidad de bienes. En este título hablaremos de la adquision *por abrogacion*, en el siguiente XII de la *adicion de bienes que se hace por conservar la libertad*, y por fin en el título XIII del *senadoconsulto claudiano.*

I. Que cosa sea *abrogacion*, y con que ritos y solemnidades se debia hacer, ya lo esplicamos arriba en el *lib. I. tit. XI.* §. 5. *sig.*; donde tambien, §. 6. 7 y 18., se observó que el abrogado pasaba á otro hogar y familia, y que por lo mismo el abrogador tenia bajo su potestad al abrogado. Gel. *Noc. Attic. V.* 19. Siendo asi pues que la patria potestad abrazaba tambien el derecho de que todo lo que adquiriesen los hijos no lo adquirian para sí, sino para el padre (V. *lib. I. tit. IX.* §. 7.), era consiguiente que el abrogador adquiriese todos los bienes y derechos del abrogado. Por lo cual se dice que por derecho tácito pasan al que abrogó todas

las cosas que habian sido del abrogado, *l.* 14. *pr. ff. de adopt.* Con su cabeza, pues, ó estado se transferia tambien su fortuna á la familia y casa del abrogador, tanto que hasta las acciones y los nombres pasaban sin cesion, §. 1. *Inst. h. t.* No obstante, el hijo era quien por derecho estricto permanecia siendo deudor, y por esta razon el abrogador no podia ser directamente demandado por deudas del hijo, §. *ult. Inst. h. t. l. pen. C. ne ux. pro marit.*

II. Se esceptuaban no obstante aquellos derechos que solian destruirse por la capitis-diminucion. Tales eran las obligaciones de trabajos oficiales, el derecho de agnacion, el uso y el usufructo. Como todo esto se perdia por la capitis-diminucion, *l.* 7. *ff. de cap. demin. l.* 1. *ff. quibus mod. ususfr. amittatur.* Paul. *recept. sent. III.* 6. 39., y sufrian esta capitis-diminucion todos los que se dejaban abrogar, no podia á la verdad pasar al abrogador con los demas derechos, §. 1. *Inst. h. t.*

III. Pero tambien esto lo quitó Justiniano, porque no concedió á los abrogadores la adquisicion de todos los bienes, sino tan solo el usufructo, conservando íntegro á los abrogados el dominio. Pero muerto el hijo abrogado, en la familia adoptiva, quiso que tambien pasara al abrogador el dominio de sus cosas, á no ser que quedasen otras personas que por la constitucion antecediesen al padre en aquello que no pudiese adquirirse, §. 2. *Inst. h. t.* El mismo Justiniano estableció, y con muchísimo fundamento, que el abrogador fuese demandado por los contratos del hijo

abrogado, y que si no quisiese defender á este, fuese permitido á los acreedores poseer los bienes del hijo, cuyo usufructo hubiera de tener el padre, §. *ult. Inst. h. t.*

TITULO XII.

De aquel á quien se adjudican los bienes por causa de libertad.

La adicion ó adjudicacion de bienes por causa de conservar las libertades es de tal naturaleza, que no puede entenderse sin el conocimiento de las Antigüedades. Pero las costumbres que los antiguos observaban en la venta de los bienes, y otras cosas á que se hace alusion en este título, quedan ya esplicadas en otros lugares á que se remitirá aqui al lector.

I. Sucedia muchas veces que alguno cargado de deudas hacia testamento instituyendo heredero á un estraño, y legando al mismo tiempo á ciertos siervos la libertad, ó dándosela en fideicomiso. Si el heredero no adia y repudiaba la herencia por sospechar deudas ocultas, las libertades quedaban tambien sin efecto y se destruian, *l.* 2. *C. de test. man. l.* 1. *C. de fideic. libert.*

II. Favoreciéndose empero mucho lo concerniente á la libertad, D. Marco, emperador, estableció por un rescripto á Pompilio Rufo, que los bienes que ya no se podian vender sin ignominiar al difunto, se diesen ó adjudicasen mas bien á al-

gun siervo manumitido en el testamento (*), con la obligacion no obstante de que no solo habian de conseguir la libertad los siervos á quienes se se habia dado, ya directamente, ya por fideicomiso, sino que tambien se habia de dar á los acreedores una caucion de pagar á cada uno *in solidum*. Y ni aun al fisco permitió el emperador que se adjudicasen los bienes de otra manera, que quedando salva la libertad á los que hubieran podido conseguirla adiéndose la herencia. Este rescripto de D. Marco existe íntegro en el §. 1. *Inst. h. t.* Sobre Pompilio Rufo, á quien dirigió el emperador el rescripto, disputan si fue siervo ú hombre libre. Teófilo piensa que fue siervo, *d.* §. 1., donde le llama *uno de aquellos que habian conseguido la libertad por testamento.* Pero lo niega Arnoldo Vinio, *ad d.* §. 1., diciendo que estos nombres no convienen mejor á un siervo que los de Cayo Leyo, *l.* 23. *ff. de manumiss.* Pero á mí me parece que apenas debe dudarse que haya sido siervo, porque, quién hubiera movido á un estraño á permitir que se le adjudicase con tan duras condiciones la herencia de Virinio Valente, oprimida de deudas? El nombre de Pompilio Rufo no parece dado por D. Marco, sino por el emperador Justiniano, porque los libertinos solian tomar los nombres, ó de los manumisores, ó el de aquellos de cuyo patrocinio dependian, y tal es tambien la opinion de Equinario Baro.

III. Las causas pues de esta constitucion son,

(*) Este á quien se adjudicaban los bienes, ni era heredero ni poseedor de bienes; pero se asemejaba á un poseedor de bienes, *l.* 4. §. 21. *ff. de fideicomm. lib.*

ya el favor de la libertad, ya la estimacion del difunto, que ya hemos observado antes en el *lib. II. tit. XVII. XIX. n.* 11., que quedaba vulnerada con la venta de los bienes.

IV. Pero tambien á estas disposiciones añadió, segun solia, algunas el emperador Justiniano en la *l. ult. C. de testam. manum.*, en la cual estableció, (I) que el derecho de pedir la adjudicacion de bienes fuese ánuo. (II) Que si muchos dando fianzas pidiesen á un mismo tiempo esta adjudicacion, se les adjudicasen en efecto los bienes al mismo tiempo. (III) Que se tuviese principalmente en consideracion el que hubiese prometido prestarse mas. (IV) Que aquel que dentro de un año ofreciese mas que el otro, en cuyo favor se habia hecho la adjudicacion, obtuviese los bienes, reteniendo el otro la libertad. Todo lo cual esplican mas latamente los comentadores.

TITULO XIII.

Abolicion de las sucesiones que se verificaban por la venta de bienes y por el sedadoconsulto Claudiano.

Todo lo que pudiera decirse sobre la adquisicion por la venta de bienes, ya queda tratado arriba en el *lib. II. tit. XVIII. XIX.* §. 11. Observados pues los ritos alli descritos, todas las acciones y derechos del difunto pasaban al sector ó comprador de los bienes, por lo cual tambien este era demandado por los acreedores de la propia manera que el poseedor de bienes, por cuanto ambos eran sucesores pretorios. Car. Sigon.

de judic. I. 18., *p.* 410. Teof., *pr. Inst. h. t.*
I. Tambien del senadoconsulto Claudiano hicimos ya mencion algunas veces en el *lib. I. tit. III. n.* 5., y *lib. II. tit. XVI. n.* 8., donde tambien esplicamos en compendio la ocasion de él, y su historia, de suerte que creemos que nada hay que añadir aqui, sino únicamente que la muger libidinosa obligada á entrar en esclavitud, juntamente con la libertad, perdia todos sus bienes, §. 1. *Inst. h. t.* Lo cual abolió Justiniano como indigno de su siglo, *d.* §. *Inst. h. t.*

Pag. 81. §. DCCXLII. lin. 1. Heinecio no define aqui la intestamentafaccion, ni dice quien se entienda por intestado, y segun la *ley* 1. *tit.* 13. *de la part.* 6., es aquel que no hizo testamento, y si lo hizo no fue con arreglo á derecho, por lo cual no produjo efecto alguno.

Pag. 85. DCCXLVIII. Los legitimados por subsiguiente matrimonio no entran á heredar un mayorazgo en concurrencia de otro que haya nacido despues de contraido el matrimonio, porque este es el primero en legitimacion. Si fuese por rescripto, aunque sea para suceder, no heredarán en concurrencia de otros legítimos, ni á sus padres, madres ni ascendientes, segun lo dispone la *ley* 1. *tit.* 13. *part.* 4.

Pag. 86. §. DCCXLIX. lin. 10. Los abrogados, segun nuestro derecho, heredarán la cuarta parte de los bienes del abrogante, y el adoptivo en todos, *ley* 8 y 9. *tit.* 16. *part.* 4. Estos no podrán suceder en mayorazgos, por cuanto esta institucion

está determinada para que no salga de las familias.

Pag. 87. §. DCCL. El derecho romano está muy diferente en esta parte del de España; segun este los hijos naturales, no habiendo legítimos, heredarán el quinto de sus padres que han de partir con sus madres, y si no fuere bastante para sus alimentos, tienen derecho á exigir lo necesario para ellos, segun su clase y condicion. Por lo que respecta á la madre, no teniendo hijos legítimos, heredarán *in totum* los naturales, porque de la madre nunca se puede dudar, y es cierta; pero si fueren de dañado y punible ayuntamiento nada heredarán.

Pag. 88. §. DCCLI. lin. 14. Se advierte que este modo de suceder no es *in capita* ni en *stirpes*, sino por líneas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes habiéndolos de ambas líneas; de suerte, que aunque haya muchos por una línea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta division debe ser sin hacer distincion de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes por parte de padre, y los maternos á los de parte de madre; pues toda la herencia se debe partir indistintamente la mitad para cada línea. Véase la *ley* 4. *tit.* 13. *part.* 6. A no ser que en alguna parte haya costumbre de lo contrario, segun lo disponen las leyes de la Novísima.

Pag. idem. §. DCCLIII. Cuando suceden los ascendientes, aunque haya colaterales, no suceden con ellos, porque la línea recta es de naturaleza mas privilegiada que la trasversal, y muy distinta en grado, *ley* 7. *de Toro*, que deroga la 4. *tit.* 13. *Part.* 6., que disponia lo contrario.

Pag. 90. §. DCCLVI. Se esceptuan los adoptivos, de quienes no son herederos los padres adoptantes muriendo abintestato, sino sus parientes mas cercanos, como terminantemente lo dispone la *ley* 5. *tit.* 22. *fuero real.*

Pag. 93. §. DCCLXII. lin. 2. Por cuanto Heinecio en las sucesiones intestadas nada habla cuando los ascendientes y herederos literales no son legítimos, se observarán las reglas siguientes: 1ª Si el que muere sin ascendientes ni descendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tengan hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente, segun la *ley* 6. *tit.* 13. *part.* 6., porque los hermanos que le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte de padre dudosos. 2ª Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, le serán herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiese alguno legítimo, este solo será preferente á todos, y en sentir de algunos aun á los hermanos por parte de madre, *ley* 12. *tit.* 13. *part.* 6. Si un legítimo muere no dejando parientes algunos legítimos, sino solo naturales, le heredarán solo los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán escluidos; dicha *ley* al fin de su texto.

Pag. 95. §. DCCLXV. Bien sabido es que la muger tiene derecho á la mitad de los gananciales, á que se le pague su dote, arras, donaciones esponsalicias &c.; pero cesa la disposicion de la ley de partida, que aun no habiendo pariente por línea trasversal hasta el décimo grado llamaba el mari-

do á su muger, hoy ademas de que no pasa del cuarto grado, tampoco puede el marido llamar á su muger, *ley* 3. *tit.* 9. *y* 9. *tit.* 10. *lib.* 1. *Novísima.* Asi es que en este caso entra el fisco. Aunque es dudoso si este grado se deberá computar canónica ó civilmente. Viene aqui muy bien para complemento de la materia decir algo de la cuarta merital, de que no hace mencion Heinecio. Esta no es otra cosa que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual debe tomar para sí la viuda, si quedare tan pobre que no tenga con que subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta parte no debe esceder del valor de cien libras de oro, como dispone la *ley* 7. *tit.* 13. *part.* 6. Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender á los padres pobres en su caso. Véase Febrero, *lib. de escrib.*, *cap.* 1. §. 21. *n.* 239. En el dia de hoy en vista de la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 5., que es la 6. *de Toro*, hay bastante lugar para dudar que pudiese tener lugar tal parte. Fuera de que sin ella, y con los gananciales que le toquen podria la madre proporcionarse la cóngrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre que debiera administrar los bienes de sus hijos. Con todo hay algunos ejemplos de haberla declarado el consejo en algunos recursos que se siguieron ante él en juicio contradictorio.

Pag. idem. §. idem. Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento, está dispuesto que el juez del lugar donde fallezcan inventarie sus bienes y los deposite, haciendo los gastos

precisos para el entierro y funerales, dando cuenta á la Real audiencia del distrito para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pias, que aunque no los tengan no recaen en el fisco. *l.* 31. *tit.* 1. *Part.* 6.

Aunque por reales órdenes de 29 de noviembre de 1796 y 29 de 1804, á los religiosos de las órdenes que pueden poseer bienes les está permitido ser herederos por testamento, se les prohibe suceder abintestato á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo y á todos sus derechos temporales, Real pragmática de 6 de julio de 1792.

Los bienes de los que mueren intestados se deben entregar segun lo dicho á aquellos que tienen derecho á sucederlos del modo y en el orden sabido; pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales, de bienes libres, sin distincion de grados, el dos por ciento para la Real hacienda, real cédula de 12 de junio de 1801, y segun los decretos de 30 de diciembre de 1820 hay muy diferentes deducciones, que él mismo espresa.

Los parientes que suceden abintestato no por eso estan exentos de invertir algunos bienes en favor del alma del difunto. Mas para que se sepa cuanto debe ser, diremos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y herederos. Estos, ó son legítimos y forzosos, ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son

ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, estan obligados á hacerle las exequias funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes, *ley* 16. *tit.* 4. *Novísima.* Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo preferido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion á invertir todo el quinto, segun el argumento de la *ley* 10. *tit.* 4. *lib.* 5. del referido código. Lo mismo se debe decir de los herederos trasversales del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario por no poder ó por no querer no hizo el testamento, en este caso solamente estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun ordena la *l.* 10. *tit.* 4. *lib.* 5., que dice asi: «Cuando el comisario no hizo testamento ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato, los cuales en caso que no sean fijos, ni ascendientes, ni descendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador, lo cual si dentro del año, contado desde la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquie-

ra del pueblo." La razon de esta disposicion es porque se presume que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplia á otros casos, porque solo habla del que últimamente se ha esplicado.

Pag. 98. §. DCCLXXVII. lin. 5. En España no se conocen las acciones pretorias, porque no hay esta clase de magistrados; pero en su lugar habrá aquellas que se deducen de los edictos que los corregidores, regentes, capitanes generales y demas autoridades dan para el buen gobierno de su provincia.

Pag. 103. §. DCCLXXII. lin. 24. Se advierte ya que por nuestro derecho en virtud de la *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. de la Recopilacion, no se conoce distincion entre pacto nudo y vestido, como lo habia entre los romanos; asi entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho, produce obligacion siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues en virtud de dicha ley no se necesita alguna.

Pag. 112. §. DCCCLXXXVIII. Nada tenemos que añadir á la doctrina que en esta parte sienta Heinecio, porque la misma, sin variacion alguna, está recibida en las *leyes* 5. *tit.* 6. *part.* 7. Argumento de la 3. *tit.* 2. *part.* 5. 11. *tit.* 33. *par.* 7.

Pag. 195. §. DCCXCIV. lin. 8. Acerca de las personas á quien se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, concejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar á mútuo, no se puede demandar lo dado si no

se prueba que se convirtió en su utilidad, *ley* 3. *tit.* 1. *part.* 5.; y asi para que quede el que da á mútuo asegurado, debe probarse la utilidad antes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez, á quien corresponda, con cuya diligencia será bien hecho. Asi lo espresa el Febrero reformado, *cap.* 4. §. 2. n. 11.

De ninguna manera se puede dar á mútuo á ningun hijo de familia estando bajo la patria potestad, sea mayor ó menor de 25 años, ni está obligado á la restitucion, ni se le puede obligar judicial ni estrajudicialmente, ni á él, ni á su padre, ni á sus fiadores, y el contrato que sobre ello hicieren es nulo, escepto en seis casos. 1. Cuando el hijo es soldado. 2. Cuando obtiene empleo público del rey ó concejo. 3. Cuando niega que es hijo de familias, y el acreedor tiene justa causa para creerlo. 4. Cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó este le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entonces ambos quedan obligados. 5. Cuando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra contratar públicamente, ó su padre lo tiene puesto en este ejercicio, y con su orden contrata. 6. Cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado, y su padre á pagarlo; pues se presume su consentimiento. Asi lo dispone terminantemente la *ley* 4. *y* 6. *tit.* 1. *part.* 5. Si el factor de algun comerciante con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarle este; pero si no le dió orden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no

está obligado este, sino el factor, á su solucion, *ley* 7. *tit.* 1. *Part.* 5.

Pag. 116. §. idem. Segun las leyes civiles y canónicas, en el mútuo no se puede exigir nada á no incurrir en el feo vicio de usura reprobada por todos derechos, cuando mas un tanto por ciento; pero en este caso ya degeneraria el contrato de mútuo en préstamo.

Pag. 123. §. DCCCXIII. El depósito judicial ó secuestro se distingue de los demas en que se hace invito el dueño, ni se entrega hasta que se haya finalizado el pleito, *ley* 5. *tit.* 3. *part.* 5. Esta misma ley asigna cuatro casos en los cuales puede retenerse el depósito. 1º Cuando la cosa depositada es espada, cuchillos ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio. 2º Cuando al dueño se le confiscan los bienes. 3º Cuando un ladron da en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no lo entregue hasta que judicialmente se lo mande. 4º Cuando se le entregase en depósito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como señor que es.

Pag. 129. §. DCCCXXIV. La misma doctrina que Heinecio establece acerca del contrato de prenda está adoptada por las leyes de la partida 1. *tit.* 13. *part.* 5. 23. *tit.* 13. *part.* 5. 7. 9. 20. 21. *tit.* 53. *part.* 5.; sin embargo, de la hipoteca habló muy poco ó casi nada, por lo que es indispensable añadir alguna cosa. Ella es un pacto por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para cumplimiento de algun contrato. Se divide primeramente en universal ó general, particular ó espe-

cial. La primera es aquella en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino tambien los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos no se impide su enagenacion. La segunda es aquella por la cual espresa y determinadamente se hipotecan algunos bienes, y siempre estan sujetos á la responsibilidad del débito y obligacion contraída, aunque pasen á tercer poseedor hasta que se estingue, *ley* 1 *y* 5. *tit.* 3. *part.* 5. La hipoteca ya sea general ó particular se divide en otras cuatro maneras. La primera es convencional y espresa, y se llama asi porque se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancia del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfaccion de la deuda y cumplimiento del contrato. La segunda es la legal ó tácita, y se verifica cuando aunque el deudor no obligue sus bienes espresamente, quedan tácitamente hipotecados por disposicion de la ley, de lo cual ya daremos los principales casos. La tercera se llamó pretoria, y es cuando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor, para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento (este se llama la posesion ó tenencia que da el juez al demandador de algunos bienes del demandado, por su rebeldía para comparecer y responder á la demanda). La cuarta es la judicial, y se da cuando por deuda se hace ejecucion en los bienes del deudor. *Ley* 1. 23. *tit.* 13. *part.* 5. *tit.* 8. *part.* 3. Entre estas hipotecas se encuentra bastante diferencia; cuando es espresa ó tácita, desde que es constituida quedan

obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es pretoria ó judicial, hasta que la haya ó se entreguen, ó haga la ejecucion en ellos, no quedan obligados; y si antes de esto y despues, mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar á hipotecar á otro, pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar. *Curia Filípica*, *lib.* 2. Se diferencian entre sí la hipoteca pretoria y la judicial, en que en la pretoria, siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y asi todos tienen igual antelacion ó preferencia. Mas siendo la hipoteca judicial, el primero que es metido en posesion de los bienes, ó que ejecuta en ellos, se prefiere á los demas que no lo han hecho.

Viendo ya que cosa es hipoteca, y como se divide, resta esplicar que bienes se entienden hipotecados en la general, y quienes son los que la tienen tácita. En la hipotoca general y obligacion de todos los bienes no solo se comprenden los presentes que el deudor tenia al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiere, aunque no se esprese, como tambien las deudas, derechos y acciones que tuviese á su favor, *ley* 5. *tit.* 13. *part.* 3.; pero si la obligacion se hiciese espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raices sin hacer mencion de las deudas, no se comprenderian en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes que no comprende el nombre de muebles y raices, *Curia Filípica*, *lugar cit.*; pero si se empeña el título ó escritura de la cosa, se tiene esta por hi-

potecada, aunque no se esprese, *ley* 14. *tit.* 13. *part.* 5.

Mas no vienen en la obligacion general de los bienes el siervo ó sierva que tuviese señaladamento el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario, y otras cosas de su casa necesarias al uso cotidiano, ni las armas, ni los libros, ni la prohibidad de enagenar, *ley* 5. *tit.* 13. *part.* 5. Los que tienen hipoteca tácita en los bienes de otros, son los siguientes. El fisco real en la cosa que se vende, ó que pasa de unas partes á otras, por alcabala y derechos reales, que por razon de ello le son debidos, y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, ahora sea el tributo ó derecho real ó personal, *ley* 25. *tit.* 13. *part.* 5. Asimismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él, ó cobran ó arriendan los derechos reales, ó administran sus cosas desde el dia del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion; pero no en los bienes de las mugeres de ellos, ni en su dote, *ley* 26. *tit.* 20. *part.* 1. La iglesia tiene tácita hipoteca por los diezmos en las cosas que se deben, y tambien en los de su administrador por la administracion de sus cosas desde que la empezó á usar, mas no en los bienes de los que contraen. La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores desde que comenzaren á administrar sus rentas.

El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes, tienen tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos y personas que por ellos administren su tutela; y

tiene lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*, mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los del magistrado que nombró el tutor. Ni en los bieues del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas que haga, *ley* 23. *tit.* 13. *part.* 5 y 8. *tit.* 16. *part.* 6. Si la muger viuda que siendo tutora ó curadora de sus hijos se casare otra vez, desde entonces los bienes de ella y los del con quien se casare, quedan obligados tácitamente á sus hijos, por los suyos, hasta que se les dé tutor ó curador, rindiendo cuentas de la administracion, *ley* 26. *tit.* 13. *part.* 5.; y asi para evadirse de esta obligacion, el segundo marido, antes de casarse, haga que se les dé curador, y se les dé cuenta con pago de sus bienes. Tambien tiene tácita hipoteca el marido, por la dote que le es prometida con la muger, en los bienes del que la promete desde que hace la promesa, y la misma tiene la muger por su dote en los bienes del marido desde que la recibe, *ley* 23. *tit.* 13. *part.* 5.; y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella, *ley* 17. *tit.* 11. *part.* 4. Del mismo modo tiene tácita hipoteca la muger en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido ó la muger muriesen, si el que de los dos quedase vivo se volviese á casar, desde entonces sus bienes quedan obligados tácitamente á los hijos del primer matrimonio, por los bienes que conforme á derecho debe conservarles, *ley* 26. *tit.* 13. *part.* 5. El legatario, por el legado ó

manda que le es dejado, tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia, y asimismo la tiene el que da alguna cantidad para faccion, armazon, orefaccion de nave, casa ú otro edificio convirtiéndose en esto, y constando de ello.

Finalmente tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa, ó daño hecho en ella los bienes del alquilador, *ley* 5. *tit.* 8. *part.* 5.

Pag. 329. §. DCCCXXVII. Aunque por derecho de los romanos las obligaciones no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un contrato verbal que debia estar acompañado de varias solemnidades, como eran pregunta y respuesta, cóngrua, presencia de los contrayentes, y otras aun mas escrupulosas, nuestro derecho ha simplificado estos contratos estableciendo que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, y que derivándose semejantes obligaciones, y tomando su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion, ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano, *ley* 2. *tit* 16. *lib.* 5. de la Novísima, que corrige la *ley* 2. *tit.* 11. *part.* 5. De aqui se colige que el pacto ó promesa es un contrato por el cual una persona promete á otra hacer alguna cosa en que convienen con intencion de obligarse, *l.* 1. *tit.* 11. *part.* 5. Para que el promitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se nom-

bre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion, lo que no induce obligacion por faltar la voluntad de obligarse. No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes y que parezca que quiso obligarse, y asi aun la *ley 2. tit. 11. part. 5.*, que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma que si uno siendo preguntado si quiere dar ó hacer alguna cosa responde... porque no queda obligado, como si dijese prometo.

Pag. 134. §. DCCCXXXIV. Siempre que se hacen promesas ó pactos puede ponerse por los contrayentes alguna pena, para que mas ciertamante se cumplan. Esta pena puede ser ó convencional ó judicial. Convencional, la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse si no se cumple la promesa al tiempo que se señaló, y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente para que el promitente pudiese cumplir si quisiere; pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor ó exigir la pena ó el cumplimiento de la promesa, *ley 35. tit. 11. part. 5.*, la pena judicial es la que se pone sobre promesa hecha en juicio; v. g. cuando uno fia á otro ante el juez que estará á derecho con su contrario, ó que lo hará comparecer en juicio bajo cierta pena, *ley 36. tit. 11.*

part. 5. Aunque la promesa no valga, se debe pagar la pena impuesta segun derecho, *ley* 38. *tit.* 21. *part.* 5.; si no es que la nulidad de la promesa, ó su defecto de valor, provenga de ser hecha contra las buenas costumbres, ó por ser usuraria, *ley* 40. *tit.* 11. *part.* 5., ó por medio de fuerza ó engaño, *ley* 28. *tit. idem. part. idem.*

Pag. 148. §. DCCCLXIII. Los hijos pueden prometer y serán válidas las promesas que hagan á sus padres de los bienes castrenses ó casi castrenses, *ley* 6. *tit.* 11. *part.* 5.; lo mismo la que se hace entre hermanos de los mismos bienes. No valdrá el pacto celebrado por la muger casada sin licencia de su marido, ó con la habilitacion judicial en causa de ausencia de aquel ú otro cualquier impedimento legal. Tampoco vale la promesa del pródigo á quien se ha prohibido la administracion de sus bienes por estar equiparado en derecho al furioso.

Pag. 156. §. DCCCLXXV. lin. 6. Segun la *ley* 45. *del tit.* 6. *part.* 6. los clérigos tambien pueden ser fiadores de las personas miserables. Ademas de los casos que cita Heinecio en que la muger puede ser fiadora, segun nuestras leyes lo puede ser en los siguientes casos: 1.ª por causa de libertad, fiando á un esclavo por el precio de su rescate: 2.ª por razon de dote, si la ofrece á otra muger para casarse: 3.ª si subsiste en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renova, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito: 4.ª si recibe precio por ser fiadora: 5.ª si se viste de varon ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon: 6.ª si

fia por su hecho propio á quien la fió, *ley* 3. *tit.* 12. *part.* 5.: 7.ª por rentas reales; y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento, ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato, y renuncie el privilegio ó hipoteca que tiene en los bienes de su marido; pues como la dote y fisco corren paridad en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho.

Pag. 158. §. DCCCLXVIII. lin. ult. El fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal; pero esto no impide para que el fiador pueda obligarse mas que el deudor principal, ó quedar mas fuertemente obligado; y asi segun deciamos poco antes, el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente; puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad, y aun atendida la ley de la Novísima Recopilacion, que establece que uno quede obligado de cualquier modo que parezca se intentó obligar, no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabia y entendia que se obligaba á mas que el principal, y asi fue su voluntad otorgar fianzas, valdrá la obligacion, y tendrá fuerza en todo aquello que parezca que quiso obligarse.

Pag. 159. §. DCCCLXXXIX. Para proceder con claridad acerca de los efectos de las fianzas es necesario distinguir los varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, á prorata, ó cada uno por el todo, como fiadores ó como principales pa-

gadores. Si se obligan simplemente como fiadores quedarán obligados á pagar á proporcion la parte que les toque, y si se obligan por el todo puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagándole uno íntegramente su rédito quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda, *l.* 8. *tit.* 12. *part.* 5. Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida, quedarán obligados por el todo, como si espresamente se hubieran obligado asi, Gregorio Lopez en la *l.* 8. *tit.* 12. *part.* 5., Febrero, Librería de escribanos, *cap.* 4. 35. *núm.* 17.; pero no obstante que renuncien el tal privilegio no podrán ser reconvenidos antes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán: 1º cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion, pues entonces no necesita el acreedor hacer constar para demandarlos que el deudor no tiene bienes: 2º cuando este es notoriamente pobre, pues entonces deben absolutamente pagar por él: 3º cuando el deudor está fuera del lugar; pero en este caso si piden término al juez para presentarlo se les concederá, y no presentándolo dentro de él, pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado: 4º cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado: 5º cuando no oponen la escepcion de la escusion antes de la contestacion: 6º cuando el deudor principal no puede ser reconvenido fácilmente por razon de su persona, lugar

ó privilegio, y algunos otros que trae Febrero, *l. 9. tit. 12. part. 5. Lib. de Escribanos, cap. 4. §. 5. n. 127.*

Si se obligan como principales pagadores, haciendo suya propia la deuda agena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal, y renunciando el beneficio de la escusion de bienes, pueden ser reconvenidos á prorata antes que él, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á la obligacion principal, y por el todo cada uno si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomun por el todo *in solidum*, pues el pacto que se ha de observar, no habiéndolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres, y el hombre á cuanto se obliga, á tanto queda obligado.

Pag. 160. §. DCCCLXXIX. Aunque nuestro derecho conforme en esta parte con el romano, dice, que pasados los dos años sin quejarse el mutuario, ni pedir sus letras queda obligado á pedir la cantidad de que se da por entregado en ellas, con todo, en la práctica, atendida la equidad, se admite todavía la escepcion de *non numerata pecunia*, siempre que el reo se obligue á probarla. Y de aqui infieren nuestros autores prácticos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la cláusula cuarentigia (esta voz cuarentigia es italiana, y significa firmeza y seguridad): se reduce pues la cláusula llamada cuarentigia, á dar el otorgante poder á todos los jueces que del contrato que se habla deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa

juzgada. Esta cláusula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera, y asi queda él obligado sin recurso alguno temporal que le exima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido á ello; no obstante, si no han prefijado los dos prefinidos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, oponiéndola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él. Pero si han pasado los dos años se ha de despachar precisamente la ejecucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se deberá decir cuando confesase llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quisiese oponer la escepcion, pues no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la ejecucion, y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque la reconoza antes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque la ejecucion se lleve adelante, no se seguirá perjuicio al reo siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por el derecho en juicio ejecutivo, y si no pudiese en tan corto tiempo deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le verá, y probándola en esta tendrá el acreedor que restituir lo percibido. Véase sobre este punto Febrero, juicio ejec. *lib.* 3. *cap.* 2. §. 1. *n.* 22

y 24. n. 269 y 270. Gomez, *tom. II. varias resol. cap. 6. al n. 6.*

Pag. 176. §. CMII. Estando ya perfecto el contrato de venta, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir de él siempre que estas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfeccion del contrato, *l. 7. tit. 5. part. 5.*; pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al inconstante, no habrá dificultad en que perdiéndolas desista el que no quiera estar á lo pactado. Con esta esplicacion se concilian las *leyes 7. tit. 5. part. 5 y 2. tit. 10. lib. III del Fuero Real*, que parece convenir en que se disuelva el contrato, aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho se puede responder á esta *l. 10.*: 1º que habla del caso en que no está perfecta la compra, á lo cual da márgen la glosa de Montalvo en la contra C. 10.: 2º que si se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir que las arras serian dadas, como para que sirviesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra ó parte del precio. Véase á Hermosilla en las adiciones de la glosa primera, especialmente de la tercera, sobre la *l. 7. tit. 5. part. 5. fol.* 55.

Pag. 177. §. CMIII. II. Tambien no anula la venta la fuerza cuando el poseedor de granos los vende por un precio justo en favor de la religion, en favor de la independencia de su nacion y soberano, *l. 6. tit. 21. part. 4.*

Pag. 179. §. CMVI. Sin las cosas agenas por estar fuera del comercio parece no pueden venderse, no obstante, segun la *l. 19. tit. 5. part. 5.*

y 6. *tit.* 10. *lib.* 3. Fuero Real, lo pueden ser. No se quiere decir con esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda el derecho á salvo para vindicarla en donde quiera que la encuentre. Acerca de lo cual dispone la ley de la partida citada, que si el comprador sabe que la cosa es agena cuando la compra, no está obligado el vendedor á restituirle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fe. Pero si compró con buena fe, esto es, creyendo que compraba á su verdadero dueño, está obligado el vendedor, no solo á pagarle el precio, sino tambien resarcirle de los daños y perjuicios que le hagan, siendo por su culpa, *l.* 6. *tit.* 10. del Fuero Real, que dejamos citado.

Pag. 182. §. CMIX. Para mejor inteligencia de este párrafo es necesario advertir que el precio justo es de dos maneras, uno legítimo y otro natural; primero, el que por la ley está determinado: natural el que tienen las cosas con atencion á la estimacion que de ellas se hace, y á otras circunstancias, por lo cual admite bastante latitud. Cuando hay lesion en el contrato, y fuere en la mitad del precio, ó se rescinde el contrato, ó le entrega lo restante, y esto aunque fuese comprada en almoneda, cuya accion dura hasta cuatro años despues de verificado el contrato, no se rescindirá cuando no llega á la mitad del precio, á no ser por los menores, ni siéndolo por los peritos y facultativos inteligentes en la cosa comprada, ni cuando el vendedor fue obligado á vender, ni en las cosas que se venden por cosas fiscales; en

cuyos casos tendrá lugar la lesion enormísima, aun cuando se hubiese renunciado, y se llama asi cuando el precio es dos tantos menos que su valor; y la accion, esta dura veinte años, ó se puede entablar despues de este período.

Pag. idem §. idem. Todos los que pueden consentir libremente pueden vender: se esceptuan los hijos de familia, á no ser de los bienes castrenses, los estudiantes que tienen licencia de aquel que los tiene en el estudio, los tutores y curadores sin intervencion judicial, *l. 4. tit. 7. lib. 1. Novísima.* Los clérigos estan prohibidos de comprar y vender por via de negociacion, ya sea por sí mismos, ó por medio de otros, tanto por derecho canónico como por el Real. *Conc. Trid. sess.* 22 *de refor. cap. 1. Real apost. servitutis de benec.* 14. *Ley 46. tit. 6. part. 1.*

Pag. 187. §. CMXII. A mas de las dos acciones que Heinecio esplica y se conocian entre los romanos en este contrato, conocen nuestras leyes otros dos, y son la redhibitoria y estimatoria. La primera tiene lugar cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raices, como heredad ó campo que cria yerba, casa ú otro edificio que debe servidumbre, tributo ó muebles; todo lo cual, no habiéndolo manifestado al comprador, puede intentar contra el vendedor dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la celebracion de la venta dicha accion, llamada redhibitoria, á efecto de que se rescinda el contrato, restituyéndole el precio, y volviéndole la cosa, *l. 63. tit. 5. part. 5.*

No intentándose en el tiempo establecido la

primera accion, puede usar el comprador en los seis meses restantes de la segunda, que se llama estimatoria ó *cuanti minoris*, á efecto de que el vendedor le devuelva el menos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio que ocultó; de suerte, que en el preciso término de un año, contado desde la fecha del contrato, ha de usar de ellas, y pasado ninguna puede intentar. Mas si el vendedor manifestase el vicio de su cosa, ú el comprador renunciase estas acciones, no podrá despues pretender cosa alguna.

Pag. 183 y sig. §. CMXVIII. Como Heinecio pasa por alto hablar de los pactos que pueden entrar en la celebracion de la venta y compra, los indicaremos nosotros por via de apéndice á este tratado. No solo se puede celebrar puramente, sino bajo condicion; esto es, dando el uno al otro de los contrayentes ciertas calidades que podemos llamar pactos añadidos. Los mas solemnes que se pueden poner y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados de retrovendendo, comisorio y *adictionis in diem*, *ley* 38. 40 *y* 42. *tit.* 5. *part.* 5.; por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para cierto dia, mes y año ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe, sin demora alguna, no volviéndosele el precio, y que por ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enagenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere no sea nulo: ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato, *ley* 42. *tit.* 5. *part.*

5., y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor. Por el pacto comisorio se obliga al comprador á que si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no transferido el dominio de la alhaja, ni sus acreedores adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal; bien que puede elegir uno de los dos medios, que son, ó pedir todo el precio, y que entonces subsista el contrato, ó no querer que este valga, y retener la arra, pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion; dicha ley.

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole este la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y coleccion de ellos; pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento; la misma ley citada.

Cuando se añade pacto de adicion ó señalamiento de dia, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor y á su heredero mas precio que él, ha de quedar en el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é

ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, devolviéndosele el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga; mas no las precisas para su conservacion. Pero si pasare el tiempo prefinido, se transfiere el dominio de la cosa en el comprador sin que sea necesaria nueva tradicion, *ley* 40. *tit.* 5. *part.* 5.

Este pacto será válido concurriendo las circunstancias siguientes: primera, que el segundo comprador sea verdadero y no simulado; segundo, que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le reconvenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido; tercera, que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja conservada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Con cualquiera de estas circunstancias que falte, no se rescindirá el contrato, dicha *ley* 40.

Pag. última del tratado. Otro accidente puede succeder en la venta, que no conocian los romanos, y es el retracto ó tanteo, que viene á ser un derecho que por las costumbre ó pacto compete á alguno para rescindir la venta, y atraer asi por el mismo precio la cosa vendida dentro del término por derecho señalado.

En España se conocen cuatro géneros de tanteo ó retracto. El primero es convencional, y se verifica cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto término ó cuando quiera, restituyén-

dole el precio recibido; y este es el pacto de retrovendendo, de que hablamos poco ha. El segundo tiene lugar cuando el que posee algun castillo ó fortaleza intenta venderlo ó permutarlo; pues lo debe hacer con licencia del rey, é informarle del comprador y precio que por él da, para que si quiere lo retraiga por el tanto, *ley* 1. *tit.* 18. *part.* 2. El tercero se llama de comunion ó sociedad, y le está concedido al socio ó partícipe en el dominio de alguna raiz, *ley* 55. *tit.* 5. *part.* 5. El cuarto, finalmente, es el de consaguinidad ó gentilicio, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legítimos por su orden, dentro del cuarto grado civil, recto y transversal del dueño de los bienes que se venden, sin distincion del sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder especial, *leyes* 17. *tit.* 10. *lib.* 4. *del Fuero Real*, 6 y 7. *lib.* 5. *del ordenamiento*, y 230. *del Estilo.*

La razon de permitir el derecho á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la aficion que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores, ya sea por la utilidad que esperimentan en conservarlos en sí, ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede pues el derecho esta facultad no solo á los hijos legítimos, sino tambien á los naturales, por militar en ellos igual razon, pero no á los espúrios, por no reputarse por conocidos sus padres.

En virtud del derecho que hemos esplicado, queriendo el dueño de alguna finca ó alhaja in-

mueble, patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á estraño, y algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por derecho civil, quiere poseerla por el tanto, es preferido al estraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo antes que la finca se vendiese, todavía puede apoderarse de ella si ocurre dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta, pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador estraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el sectrato con dolo ni con fraude. Y si entonces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el derecho que la partan entre sí, y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano, *l.* 13. *tit.* 10. *lib.* 3. *del fuero real.* Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó partícipe en la finca justificado serlo, retraerla por el tanto si el consocio quiere vender su parte á estraño, sino tambien despues de vendida esta, acudiendo dentro de los nueve dias concedidos al pariente, y no despues, con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude ni dolo, *ley* 55. *tit.* 5. *Part.* 5.; mas esto se entiende cuando ambos poseen la cosa *pro indiviso*, pues si está dividida real y demostrativamente, y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, pues en este caso ya no son socios, ni tienen comunion de ella.

Siendo muchos los socios puede cada uno re-

traer por el tanto la finca ó cosa vendida á estraño, y si todos la quieren, deben ser todos admitidos á su tanteo proporcionalmente, segun la parte que en ella corresponda, no con igualdad. Pero si uno de los socios vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla ni quitarla, por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

Tienen tambien este derecho de retracto por comunion el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al de este, y el enfitéuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfitéutico algun fundo para cultivarlo, y percibir sus frutos, con obligacion de pagar al que se lo dió y á sus sucesores cierto rédito ó pension anual. Ahora pues si el señor del dominio directo, ó de la arca, ó suelo, lo vende á estraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfitéuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil puede retraerlo aquel dentro del mismo término, en caso que ninguna pension anual le paguen, pues si la pagan deben, para evitar que la finca caiga en comiso, requerirlo si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues es preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido, tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderlo, y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, pero sí el derecho del laudemio.

Pag. 189. §. CMXVII. lin. ult. Nuestras le-

yes distinguen entre arrendamiento, flete y alquiler; arrendamiento se dice la paga que se da por el uso de una heredad; flete la que se da al dueño de un navío para trasportar algunos bienes de un lugar á otro, y alquiler la paga que se da por el uso de cualquier otra cosa, *ley* 1. *tit.* 8. *part.* 5.

Pag. 191. §. CMXIX. lin. 24. Segun las *leyes* 82. *tit.* 4. *lib.* 3 *y* 4 *y* 5. *tit.* 5. *lib. de la Novísima*, los consejeros, oidores, alcaldes de corte, contadores, mayores, sus oficiales, y los del Real consejo, y otras personas poderosas, no pueden ser conductores ni recaudadores de rentas reales ni concejiles de las ciudades en que ejercen su oficio, *l.* 3. *tit.* 8. *part.* 5.

Pag. 193. §. CMXXII. lin. ult. Para que el importe del alquiler ó paga sea justo, se debe arreglar á las leyes ó costumbre del lugar, y si no la hubiere se deberá hacer una convencion equitativa, *l.* 4. *tit.* 8. *part.* 5. Y por lo que hace á los jornales de los obreros, está dispuesto que se tasen en los concejos, y que se les paguen cada dia si ellos los pidieren.

Pag. 194. §. CMXXIV. lin. 8. No pagando al plazo tratado puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hallare en la cosa ó fundo arrendado, *ley* 5. *tit.* 8. *part.* 5. Mas siendo puntual en pagar no puede ser desposeido de la casa alquilada, si no es en cuatro casos. 1º Cuando al locador se le cae la casa en que more y no tiene otra, y está enemistado en aquella vecindad, ó si casase alguno de sus hijos, ó le hiciere caballero en Madrid, debe dar fianza segun un auto

acordado del Consejo de que la quiere para sí, y que la ha de habitar por cuatro años. 3º Cuando el alquilador usase mal de la cosa. Este nunca está obligado al caso fortuito; por ejemplo, si las heredades se destruyeren por lluvias, avenidas &c., y no coge nada, á nada está obligado; pero si recoge algunos frutos queda en la alternativa de pagar la pension, ó de dar lo que cogió deducidos los gastos, lo mismo que sucede cuando en los dos años que lleva arrendado el fundo, en uno produjo tantos frutos que equivalen á los dos, en cuyo caso debe pagar el arrendamiento.

Pag. 204. §. CMXXXIX. Como casi toda la doctrina de Heinecio hay que variarla al tratar de nuestros censos ó juros, que son los contratos de enfitéusis, daremos aqui un tratado por via de apéndice. Aunque esta palabra censo tiene diversos significados, aqui se toma por un derecho de percibir cierta pension ó rédito anual procedente de la translacion del dominio de alguna cosa hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito. El censo asi definido se divide en enfitéutico, consignativo y reservativo.

Pag. idem. Censo enfitéutico es un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar á otro perpetuamente, ó por largo tiempo, el dominio útil de alguna raiz por cierta pension anual que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo que siempre queda al que concede en el enfitéusis, *ley 28. tit. 8. Part. 5.* Decimos que es un contrato consensual, porque por solo el consentimiento está perfecto, y asi aunque se requis-

re escritura, es como una condicion necesaria para la constancia del contrato, y sin la cual no vale por nuestro derecho, pero no porque sea contrato literal. Decimos que es un contrato por el cual se promete entregar el dominio útil, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfitéuta se hace señor por la subsiguiente tradicion. Finalmente, se añade en la definicion que se debe pagar cierta pension en reconocimiento del dominio útil, en cuyas palabras se puede notar la diferencia que hay entre la locacion, conduccion, y el enfitéusis. El conductor paga alquiler, y el enfitéuta pension. El alquiler debe ser proporcionado á los frutos y utilidades que produce la cosa, la pension por lo regular es bien corta. En Madrid cada solar que tiene 50 pies de frente y 100 de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una area plana de 5000 cuadrados, se da á censo enfitéutico por dos ducados. Hemos visto que cosa es enfitéusis, veamos ahora cuales son sus derechos. Estos son, parte en la facultad de disponer de la cosa y enagenarla, parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea pues el 1º que el enfitéuta percibe todos los frutos hasta los estraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2º El enfitéuta puede enagenar y vender la cosa, pero con la condicion de que antes de venderla lo avise al señor del fundo, *l. 29. tit. 8. part. 5.*

Mas esta noticia no se le da porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarlo primero que otro, y si no declara su voluntad dentro de dos meses, puede el enfi-

téuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el mismo enfitéuta; pero en este caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio porque se vende la cosa, ó menos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento del enfitéusis. 3º Asi como el enfitéuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, asi debe sufrir sus cargas y pagar los tributos que tenga impuestos. 4º Finalmente, siendo uno de los efectos el dominio que el señor pueda vindicar la cosa de cualquier poseedor, se sigue que el enfitéuta tiene el mismo derecho, y asi puede vindicar el fundo aun del mismo señor del enfitéusis, en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil del señor del dominio directo á quien no pertenece.

Pag. idem. 2. Las obligaciones del enfitéuta consisten lo primero en pagar el cánon ó pension anual en el tiempo y modo pactado, *l.* 28. *tit.* 8. *Part.* 5. De otra suerte perderá su derecho; con esta diferencia, que si el señor del enfitéusis es iglesia, monasterio ú orden, bastan dos años para que pueda ser privado de su derecho, y si fuere lego se requiere que en tres años continuos no pague la pension; pero si el enfitéuta ocurre á satisfacerla dentro de 10 dias, está obligado el señor del dominio directo á recibirla, y no debe ni puede tomarle la alhaja con pretesto de comiso en este caso. 2º Debe el enfitéuta pagar la pension, aunque por esterilidad, fuego ó por otra causa no perciba frutos de la heredad; al contrario de lo que se ha dicho tratando de la locacion-con-

duccion. La razon de la diferencia consiste en que el aquiler en la locacion se paga por el uso de una cosa agena, el cual cesando debe tambien cesar el alquiler; mas el cánon ó pension se paga por el enfitéuta en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer perciba fruto ó no; luego en todo caso debe pension: de aqui mismo se infiere que pereciendo todo el fundo por terremoto ó por inundacion, cesa la obligacion de pagar; pues de una cosa que no existe no hay señor ni tampoco dominio que reconocer; pero permanecerá la obligacion, segun nuestro derecho, con solo que quede salva la octava parte del fundo en que consiste el enfitéusis.

Los modos por los cuales se acaba este contrato, se deducen de su misma naturaleza. El 1º es la pérdida total de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2º es la consolidacion, y asi, sea que el señor directo adquiera el dominio útil, sea que el señor de este adquiera el directo, se acaba por consolidarse y unirse en una sola persona ambos dominios. El 3º por prescripcion, de suerte que si el enfitéuta no paga la pension ó cánon, ó tiempo de diez años, estando presente el señor, y no reconviniéndolo, ó veinte estando ausente, adquirió el dominio por prescripcion. El 4º es la tardanza en pagar el cánon ó pension, en cuyo caso, pasando el tiempo preferido por derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, segun dejamos dicho. El 5º es por enagenacion de la finca sin noticia del señor, por cuyo motivo cae en comiso, y el señor directo puede retraerla dentro de

los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta, *l.* 28. *tit.* 8. *Part.* 5.

Las acciones que nacen de este contrato son dos, y ambas directas; porque uno y otro contrayente queda obligado desde el principio por la naturaleza del contrato al señor á entregar el fundo, y el enfitéuta á pagar la pension.

El censo reservativo se verifica cuando uno da á otro una cosa raiz, transfiriendo en el todo el derecho que tiene á ella, esto es, el dominio directo y útil, reservándose una pension anual en frutos ó en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, á quien llaman censatario. Entre este censo y el enfitéutico hay varias diferencias. La 1ª que por esta se transfieren ambos dominios directo y útil, y por el enfitéusis solo el útil pasa al enfitéuta, quedando el directo en el conducente. La 2ª es que en el enfitéusis, si en dos ó tres años no paga la pension al enfitéuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio útil al señor directo, mas en el censo reservativo no sucede asi aunque no se pague la pension en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condicion de que no pagando el censatario en algunos años, caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme á derecho. 3ª Diferencia entre el enfitéusis y el censo reservativo, es que en el primero no puede el enfitéuta vender la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso, y á mas de esto está obligado á pagar laudemio del precio de la venta; todo lo cual falta al censo reservativo.

Aunque las tres diferencias ya esplicadas acla-

ran bastante la naturaleza de ambos contratos, sucede algunas veces que se dude si el contrato celebrado es de censo reservativo, ó de enfitéusis. En este caso se deberá decidir la cuestion haciendo una diligente observacion de las circunstancias, y atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato que á las palabras de la escritura, que suelen estar puestas con equivocacion por ignorancia del escribano. Pero si aun atendido todo quedare la deuda en pie, se deberá juzgar el contrato antes de censo reservativo que de enfitéusis. La razon es, porque en caso de duda debe ser mejor la condicion del que posee cuando se trata de gravarlo, y no se le debe imponer mas carga que la que conste tener.

La justicia de este censo reservativo es bien clara, porque el censatario adquiere el dominio de la cosa sin pagar precio alguno, mas que la pension anual á que se obliga; es muy justo que la pague para que se guarde entre ambos la igualdad que requiere la justicia conmutativa.

Puede crearse ó constituirse este censo, no solo por convencion, sino tambien por testamento, como si un testador lega á otro una cosa fructífera raiz, reservándose una pension anual que se pague á sus herederos, ó á otro que señale. Puede tambien fundarse ó perpetuo ó redimible, de suerte que se dude de la mente del fundador: antes se deberá juzgar perpetuo que redimible, pues no hay razon que impida hacerlo de uno ó de otro modo. Pero si se fundare absolutamente, de suerte que se dude de la mente del fundador, antes se deberá juzgar perpetuo que redimible,

asi porque este censo de su naturaleza es perpetuo, como porque el antiguo señor de la cosa, reservándose una pension, retiene el derecho á percibirla; el cual, como sucede en lugar del dominio que tenia antes, debe ser perpetuo como lo era el mismo dominio.

Finalmente, como este censo se puede fundar redimible, segun hemos dicho, se redimirá ó estinguirá pagando el deudor al acreedor la cantidad en que hayan convenido, y si esta no la hubiesen pactado antes, se graduará á arbitrio del juez. Mas como esta redencion es una verdadera venta del derecho de percibir la pension anual, se deberá por esta alcabala siempre que se verifique.

Censo consignativo se llama asi, porque se consigna ó funda sobre los bienes del que lo concede, sin perder por esto asi el dominio directo como el útil que tenia antes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo lícito ó de lo ilícito de este censo, como veremos despues.

Acerca del modo de fundarse, lo regular es que se concede por cierto precio consistente en dinero contado, y entonces es una verdadera compra y venta que causa alcabala desde que se celebra. Puede tambien concederse por otros títulos, como permutacion, donacion, ó en compensacion de algunas obras, ó por última voluntad, y segun varie el título, variará mas ó menos su naturaleza. Por ahora trataremos de él, como fundado mediante compra y venta, asi porque de esta manera es mas frecuente, como porque esplicada su naturaleza bajo de este título, fácilmente se en-

tenderá lo que se debe decir cuando la fundacion se haga de otro modo.

Se define pues el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias como nuestras leyes, diciendo que es una compra, por la cual uno, dando cierto precio sobre los bienes raices de otro, adquiere derecho de percibir una pension anual, ú otro rédito semejante, permaneciendo el vendedor del rédito señor de todos sus bienes, como antes lo era. Se dice que el derecho lo compra dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion como las demas compras, sino que requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya sea verdadera ó ficta. En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un rédito ó pension anual, mas no la misma pension; y asi, aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se da dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra; pues no es la pension lo comprado, sino el derecho de apercibirla.

Se divide este censo por razon de la cosa que se paga en pecuniario, cuya pension consiste en dinero, y en fructuario, que consiste en frutos, como trigo, vino, aceite. Pero en este censo consistente la paga en frutos está espresamente prohibida, *ley* 4. *tit.* 15. *Novísima.* Por razon del tiempo en que se hace la solucion, se divide en censo, cuya pension se debe pagar cada año, ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente, por razon de la duracion se divide en perpetuo y temporal. Estas dos especies se subdividen, el perpe-

tuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, por el cual se le da este nombre; y en redimible, que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo al quitar, el cual tambien se llama perpetuo, porque no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que dará cierto número de años, v. gr. diez, veinte ó treinta, y en otro que se celebra por un número determinado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende, ó de otro alguno, y se llama vitalicio.

Otra division traen algunos del censo consignativo en personal y real; personal llaman á aquel en que se obliga solamente la persona á pagarlo, sin que se funde ni se deba cosa alguna. Pero esta division es sospechosa por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion de censo en sola persona, y no en cosa; y aunque algunos opinan que en el dia de hoy estan aprobados los tales censos personales por una real cédula de 10 de junio de 1764, espedida á consulta de los Cinco gremios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de la Real cédula solo es aprobar los contratos por los cuales algunas personas, principalmente las ineptas para la negociacion, daban su dinero á los mercaderes para cierto tiempo, en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia. Para mayor claridad insertaremos aqui lo dispositivo de dicha cédula de 10 de julio de 1764, que dice asi: « Por los diputados de los Cinco gremios mayores de Madrid se representó á S. M., que acostumbraban recibir en la caja comun de la di-

putacion, destinada para el giro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos y otros, que destituidos de toda industria, lograban por este medio valerse de los gremios, obligándose estos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el ínterin el interes de un tres ó dos y medio por ciento, que en esta pension y buena fe habian estado muchos años, asi los gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introdujo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido, tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su caracter y sana doctrina merecian su real satisfaccion, que examinasen muy sériamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos, y habiéndolo ejecutado, conformándose con el dictamen uniforme de tantos hombres de integridad, es claro que son legítimos y obligatorios, y como tales juzgados en sus tribunales." Estos contratos no son de censo, sino de una cierta compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion, dando una pequeña parte de él al que dió el dinero, y tomando para sí lo restante el mercader; por lo que es evidente la justicia de semejante division.

En el censo consignativo se deben atender tres cosas. La 1ª la suerte ó el precio por el cual

se compra, al que llaman capital. 2.ª La pension ó rédito que se paga. 3.ª La cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el papa san Pio V mandó espresamente que consista en dinero contado. Mas aunque esto no se recibió en España, segun una *ley de la Novísima*, con todo es mas conforme á nuestras leyes que debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son frecuentísimos en esta especie de contratos. Se requiere tambien el precio que sea justo, esto es, que la pension que se ha de pagar sea correspondiente al capital que se entrega, y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado segun los tiempos y las circunstancias de los lugares. En España se ha graduado el tres por ciento, siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser en el mayor precio, es decir, debe ser menor la pension, y señalarse con atencion á los tiempos y provincias en que se funde. Por lo que hace á la pension ó rédito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe consistir tambien en dinero, y aunque en algunos reinos de España se habian fundado en fraude de la ley muchos censos con el nombre de perpetuos é irredimibles, en los cuales la pension no consistia en dinero, sino en trigo, vino y otros frutos, se mandó por otra ley que estos se reputaran redimibles ó al quitar, parece deberse entender de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir son tan frecuentes y aun mas graves en ellos.

Mas aunque esta disposicion es utilísima al

público, y tan general que comprende aun á los censos fundados anteriormente á su publicacion, con todo se halla permitida por otra ley la costumbre de pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la hubiere, lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

Hay varias condiciones ó pactos que estan declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que esplicaremos aqui para mayor inteligencia. El 1º es que el censo se constituya sobre cosa mueble ó semoviente, y asi debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructíferos y permanentes, como son los raices, los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censualista tenga contra quien repetir directamente, y sea preferido en ellos á otro acreedor. El 2º pacto reprobado es que el censatario debe pagar los réditos anticipados, el cual se prohibe porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraudes y sospechas de usura, y asi cumple el censatario con satisfacerlos luego que esten devengados. El 3º es que el imponedor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte que aunque la alhaja perezca, deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual; y asi, si la finca perece total ó parcialmente, debe perecer con igual porcion la renta y estinguirse su capital; y si en parte es infructífera es en diminucion; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona, perte-

nece al comprador, que es el censualista, el daño que sobrevenga sobre la cosa.

Otro pacto que se reprueba en este contrato es el de que no se pueda enagenar la cosa sobre que se impone el censo, y asi no se puede sacar ni restringir al censatario la facultad de vender ni enagenar por contrato entre vivos, ó última voluntad, la cosa siempre que quiera, sino que tenga obligacion de pagar mas pension, sino solamente el mismo rédito; pero sí será justo que se ponga la cláusula de que no se pueda vender la cosa sin la carga del censo, pues de otra suerte el nuevo comprador no tendria obligacion de pagarlo. La condicion de retracto, por la cual el censatario queda con la obligacion de avisar un mes antes al censualista que quiere vender la alhaja, y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida, mas no se puede añadir la pena de comiso, porque esta solo tiene lugar en el censo enfitéutico, §. 6. *de la bula de Pio V.*

Falta ahora tratar de los modos como se estinguen los censos: 1º por destruccion de la cosa; al cual es semejante el 2º, que es por volverse la cosa del todo y perpetuamente infructífera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de ella; pero si la cosa pereciese, ó se hiciera infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se estingue el censo por defensa de la cosa, con todo puede el señor del censo repetir el precio, y los daños y perjuicios que se le hayan seguido por el descuido ó dolo del poseedor. Se estingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo; la razon casi

es la misma que en la destruccion de la cosa, porque como el censo sea una carga á la cosa á manera de servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posee, se sigue que se librará luego que suelte la posesion de ella. El 4º modo de acabarse el censo es por prescripcion de 30 años, esto es, cuando el poseedor de una cosa, sujeta á censo, la tiene todo este tiempo con buena fe, como libre de toda carga; lo que es conforme á las leyes recopiladas, que piden todo este tiempo para prescribir ó estinguir las deudas que no nacen de mera obligacion personal, sino de mista ó con hipoteca, como es la de censo. Se sigue á mas de esto la buena fe, porque esta en el dia parece necesaria en la prescripcion de 30 años. Esta prescripcion, que estingue el censo, comienza á correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga, esto es, desde que el acreedor de ninguno los recibió, porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrajo con el acreedor ú otro en su nombre, no se podrá decir ni aun comenzada la prescripcion. Ahora si estinguido el censo por prescripcion se entiendan tambien estinguidas todas las pensiones, no solo del primer año, sino de los demas desde que no se pagó, ó si es necesaria una prescripcion para cada pension, es cuestion de grande dificultad; puede decirse á ella que por la misma prescripcion, por la cual se estinguió el censo, se prescribieron tambien las pensiones. La razon es porque el censo es lo principal, ó la raiz y origen de toda obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que del todo son dependientes de él, y es cons-

tante que faltando lo principal falta lo accesorio.

Finalmente, los censos redimibles se acaban por redencion, esto es, cuando el acreedor vuelve ó paga la suerte capital, ó precio que recibió al tiempo de la fundacion, el cual modo es el mas sencillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva por el modo que se contrajo. Es libre pues el deudor de algun censo redimible para volver el precio que recibió el acreedor, y de este modo estinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino tambien por partes, aun cuando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores, y la razon que tienen, porque las estravagantes de Martino V y Calisto III, que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que dieron forma á estos contratos, establecen que se pueda hacer la rendicion por partes. Mas porque por el nombre de partes de que usan dichas estravagantes, se significa la mitad, y la facultad de redimir por partes, es contraria á la doctrina recibida en materia de pagas, en donde se sienta que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor, es muy probable, como opinan algunos, que no es lícito al deudor de censo redimir parte menor que la mitad del capital.

A mas de esto asientan varios autores, que no solo se puede hacer la rendicion del censo por partes, sino que ni aun valdria el pacto de lo contrario, sino es que este gravamen se recompense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razon que tienen es porque semejante pacto, como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio

dado, lo cual prohiben severamente nuestras leyes; cuya razon, como que es de bastante peso, debe servir para reprobar todos aquellos pactos que por ser demasiado molestos y gravosos, producen el mismo efecto de disminuir el precio, lo que se deberá tener presente en esta materia para que no se haga algun contrato ilícito ó usurario.

Pag. 209. §. CMXLV. lin. últ. A pesar de estar prohibida la sociedad leonina, no obstante, si alguno ó algunos de los socios fuesen mas hábiles, ó estuvieren mas instruidos en el manejo y direccion del negocio, en que comercian ó tuvieran mayor trabajo, ó se espusieran á mayores riesgos que los consocios, podrán pactar que les toque mas parte en la utilidad, ó que si hubiere pérdida no les dañe, el cual pacto en estas circunstancias será válido, *l.* 4. *tit.* 18. *part.* 5.

Pag. 215. §. CMXLV. Nada habla Heinecio de la sociedad conyugal, porque no se conocia entre los romanos, y es especial en el reino de España, y se introdujo con atencion á la union íntima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura, y se estingue con él, sin que tenga lugar entre otros mas que entre el marido y muger legítimos.

Dicha compañía, establecida por las leyes de la Novísima, hace que se comuniquen por mitad los bienes que adquieren ambos durante el matrimonio, *l.* 4 *y* 5. *tit.* 9. *lib.* 5 *y* 1. 3. *tit.* 3. *lib.* 3. *del Fuero Real*; diferénciase de las demas por la causa que la produce, la cual no es la convencion, sino la ley. Fuera de esto la sociedad conyugal, á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cónyuges antes del matrimonio,

sino solamente los que ganaren despues, y aun de estos se esceptuan algunos. En fuerza de esta sociedad todos los bienes que hubieron y poseyeron marido y muger durante el matrimonio, son y deben reputarse de ambos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente. A mas de esto todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo lo deben haber por mitad, aun cuando fuese donacion que el rey les haya hecho á ambos; pero no si fue hecho á uno solo. Tiene lugar esta particion de bienes y ganancias, aun cuando el marido tenga mas bienes de patrimonio que la muger, ó esta mas que aquel; pero siempre quedará la propiedad de donde vinieron los frutos en aquel cuya fuere ó sus herederos. Asimismo las mejoras que se encontraren en cualesquiera bienes de marido ó muger al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, asi industriales como naturales, que son los que el tiempo les hubiere dado, son comunicables entre marido y muger, como bienes gananciales. Pero hay algunos casos en que no se comunican á los casados todos ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El primero es por divorcio, pues en este caso el que hubiese dado motivo á él, nada participará de las ganancias, Gomez en la *l. 50. de Toro*, *n. 72.* El segundo cuando cometen delito de lesa magestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos, ó se apartan de la religion católica; pero en estos casos solo el delincuente perderá su mitad, y se reputarán por gananciales todos los aumentos, hasta que por el crímen se declaran por perdidos, aun-

que este sea de tal calidad que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete, *l.* 6. *tit.* 26. *part.* 7. Mas si la muger cometiere adulterio, ó se volviere mora ó judía, ó de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su dote y arras; al fin, *tit.* 2. *lib.* 3 *del Fuero Real.* 23. *tit.* 11. *part.* 4. 5. *tit.* 17. 6. *tit.* 25. *part.* 7. Lo mismo se deberá decir en el caso de que contra la voluntad de su marido se vaya á la casa de alguno sospechoso, porque entonces se presume adúltera, *l. ult. tit.* 2. *lib.* 3. *del Fuero Real.* El tercer caso cuando alguno de los cónyuges adquiere algunos bienes por donacion que separadamente le haya hecho el rey ú otro alguno, ó por sucesion, testamento ó abintestato de sus parientes. El cuarto cuando son castrenses ó provienen de salario ó estipendio militar; pero si estos los adquieren ó sirvieren á espensas de ambos, serán comunes, porque son frutos suyos, y estos de cualquier calidad que sean se comunican entre los casados. El quinto cuando el marido enagena constante el matrimonio algunos de los gananciales, lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su muger, no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener esta uso de su dominio hasta la muerte de su marido, *l.* 5. *tit.* 9. *lib.* 5. *Novísima.* Mas si por la enagenacion se prueba que la hace con dolo por damificarla, se la comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido.

El sesto cuando la muger vive deshonestamente estando viuda; pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos á los herederos de su marido,

y viene á ser lo mismo en efecto que si no los hubiera adquirido. El séptimo cuando la muger renuncia los gananciales antes ó despues de haberse casado, *l. 9. del mismo tit.* El octavo cuando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas de las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo; pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ella, que como gananciales debia tocarles, ni el del mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. Y el noveno cuando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas fructíferas, de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella, porque como trae la causa de pretérito, proviene de la misma, porque se adquirió la propiedad, y se consolida con esta; y asi no tiene estimacion el usufructo adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge; pero los frutos que las tales alhajas produjeren se comunican, y deben servir para ayudar á sobrellevar las cargas del matrimonio.

Puede tambien de algun modo pertenecer á esta sociedad que hay entre el marido y la muger, lo que disponen varias leyes de la Novísima, pues arreglan el manejo de estos socios. Lo primero, que la muger no pueda sin licencia del marido aceptar ni repudiar herencia que le pertenezca sin beneficio de inventario; que tampoco pueda celebrar ningun contrato ni cuasi, ni apartarse del ya celebrado sin la dicha licen-

cia, como tampoco presentarse en juicio, teniéndose por nulo cuanto haga sin este requisito. Tercero, que pueda el marido dar licencia á su muger para todas las cosas referidas, y que precediendo esta, ó siguiéndose por ratihabiacion, valga todo lo que hiciere.

Pag. 219. §. CMLIX. El poder que se da al procurador ha de ser ámplio y general, con calidad de sustitucion, aunque para varias cosas se requiere poder especial, segun se manifestará en el tratado de juicios. En los tribunales es necesario bastantearlo por el letrado que suscribe los recursos, y ademas el sello de haberlo verificado.

Pag. 221. §. CMLXI. lin. 6. Aunque el mandante puede revocar el poder sin causa alguna antes de comenzarse, y aun despues de comenzado el negocio, no obstante, en el caso de que la parte contraria, ó el mandatario lo contradiga reputándose infamado por la revocacion, no se deberá revocar, ó deberá alegarse justa causa, cuales son las que señala la *l.* 24. *tit.* 5. *part.* 3. Mas para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria en la práctica, se hace la revocacion, diciendo: «que se revoca el poder »dado á fulano, dejándolo en su buena opinion y »fama;" con cuya cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de espresar las causas.

Pag. idem. §. idem. lin. 22. Los procuradores ó mandatarios para pleitos está mandado, que tanto por muerte del mandatario como del mandante, se acabe el poder siempre que la muerte acontezca antes de la contestacion del pleito; pero

si el mandatario usa del poder antes que muera el poderdante, y la demanda está contestada, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado, *l.* 23. *tit.* 5. *part.* 3. De donde se infiere que despues de puesta ó contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie.

Pag. 226. §. CMLXXI. El agente de negocios aunque esté obligado á dar cuentas, no lo está á pagar un interes del dinero que se le remitió á su poder para las agencias, á no ser que reconvenido lo entregase, y aun tomadas y finiquitadas las cuentas lo reusase mas tiempo, en cuyo caso pagará el interes regular que se acostumbra á estilo de comercio, y no el doce por ciento que prescribe el derecho romano.

Pag. 247. §. CXI. lin. 12. La novacion necesaria se llama tambien acumulativa, porque no estingue la obligacion primera, antes bien la robustece y fortifica mas y mas; v. gr. debo diez pesos en virtud de mútuo, se presenta el acreedor contra mí para que se los pague, se me manda contestar el pleito, contestándole se hace novacion, y debiendo antes solamente por mútuo, comienzo ya á deber por el cuasi contrato de la litiscontestacion; y asi cuando se me haya condenado á pagar, no se me reconvendrá por el actor con la accion de mútuo, sino con la accion de cosa juzgada. Véase á Febrero, *del juicio ejecut. lib.* 3. *cap.* 2. §. 40. *n.* 220 ó 222.

Pag. idem. §. idem. lin. 1. Para que se en-

tienda hacer novacion, es menester que los contrayentes lo espresen claramente; y asi porque uno se obligue de nuevo á pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmarlo mas añadiendo obligacion á obligacion. En consecuencia de esto no se hace novacion propiamente por la intervencion de nueva persona en el contrato, á menos que se pacte espresamente. Esta especie de novacion se llama con delegacion. Comunmente dividen en una, que llaman con delegacion, y otra sin ella. Esta se hace cuando permanece el mismo deudor y acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion. La otra es cuando se muda la persona del deudor. La novacion sin delegacion se puede hacer de tres modos: primero, mudando la especie de obligacion; v. gr. debia antes cien pesos por depósito, y ya los debo por mútuo. Segundo, añadiendo ó quitando alguna cosa á la primera obligacion; v. gr. antes debia yo cien pesos sin usuras, ahora prometo los mismos con ellas. Tercero, si nada se muda sino solamente se renova la primera obligacion. La novacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sí la obligacion, de suerte que quede enteramente libre el deudor principal, y esta es la que se llama espromision. Remitimos al lugar citado al que quiera ver tratada esta doctrina con la claridad y estension necesaria.

Pag. idem. §. idem. lin. idem. Por nuestras leyes tambien se disuelve la obligacion por el pacto de no pedir, *ley 1 tit. 14. p. 5.*; y se confirma lo mismo en *la siguiente ley*, en cuya glosa

de Gregorio Lopez juzga se contiene la aceptacion, y se hallan en el mismo caso, y como esta tiene la eficacia de disolver la obligacion, tambien de consiguiente la tiene el pacto de no pedir.

Pag. 253. §. MXXXVIII. lin. 23. tit. 37. part. 7. No se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la ley divina, sea interna ó esterna es pecado. Mas ningun acto puramente interno aunque pecaminoso es delito; porque aun las acciones esternas para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro consentido interiormente con deliberacion es pecado y grave; pero no es delito ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara. Los hombres cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenian para usar de sus fuerzas particulares depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Síguese de aqui con evidencia que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones que directa ó indirectamente turban la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. No sucede asi con el pecado. El hombre aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia

Pag. 264. §. MLX. lin. ult. De cuantas divisiones del hurto trae Heinecio, ninguna hay tan interesante como la de simple y calificado. Simple es el que se comete sin quebrantamiento ni violencia. Calificado, aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agraven, como es subiendo por escalas, quebrantando puertas, ó entrando con armas. El simple se subdivide en grande y pequeño; es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido acometido de dia ó de noche, por la primera, segunda ó tercera vez, en la ciudad ó en los caminos; todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto y la pena que se debe imponer, *ley* 18. *tit.* 14. *part.* 7.

Pag. 269. §. MLXIV. lin. 12. En el hurto, á mas de conceder el derecho accion para perseguir la cosa hurtada, ó exigir la estimacion de aquel que la hurtó, la que puede pedir el señor contra el que la robó ó sus herederos por la accion rei-persecutoria; pero el cuadruplo ó duplo solo puede pedirlo (aunque estuviera en uso) contra el ladron, y no contra los herederos, si no es que viviendo el ladron se hubiese contestado la demanda, *ley* 20. *tit.* 14. *part.* 7. Ademas de esto debe el ladron, si el hurto es manifiesto, pagar el cuadruplo, y en el oculto el duplo; cuya pena se estiende contra los que dan ayuda ó consejo, *ley* 4. *del mismo tit.* Antonio Gomez, *var. resol. cap.* 5. *n.* 4.; pero estas penas pecuniarias ya no estan en uso, y sí las corporales siguientes: hurto simple calificado pena de vergüenza, seis

años de galeras ó á algun presidio, *ley* 18. *tit.* 14. *part.* 7. Por el segundo cien azotes y diez años de presidio, real pragmática de 19 de marzo de 1771. Aunque posteriormente se ha declarado que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, teniéndose presente la repeticion ó reincidencia, la calidad de la persona á quien se hurtó y la del delincuente, real orden de 18 de abril de 1746. Por el tercer hurto se impone la pena de horca, como á ladron famoso, *ley* 18. *tit.* 14. *part.* 7.: siempre que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo. El hurto calificado se le impone la pena de muerte en los siguientes casos: cuando se conoce que roba el ladron en otras partes, al corsario, al ladron por fuerza y con armas, al que roba en iglesia y cosa religiosa, al que robe el tesoro del rey, á los cuatreros, aunque ya la pena de muerte se economizó mucho, y se impone con gran escrupulosidad; pero por el primer robo en la corte y su rastro está impuesta la pena de horca, segun una ley promulgada por Felipe V, y aunque sea el hurto de una cantidad bien ténue. Esta ley fue dada en unas circunstancias terribles y estraordinarias.

§. .MXCII. pag.275 Segun las *leyes* 20 y 21. *tit.* 15. *pag.* 7., toda la doctrina de Heinecio está en observancia en nuestro reino en cuanto los que causan algun daño estan sujetos á la pena que en ellas se señala; pero la distincion de acciones en directa, útil y de hecho, que viene á serlo lo mismo, son desconocidas entre nosotros, pues no se da mas accion que la de demandar los daños en fundos.

§. MCXX. Por la *ley 26. tit. 15. p. 7.*, las penas impuestas contra los que tienen suspensa alguna cosa se aplica para resarcir los daños y perjuicios, y ademas para penas de cámara.

§. MCXXVII. Las acciones mistas se distinguen de las penales y reales, segun la *ley 6. tit. 15. lib. 4 de la Recopilacion.*

§. MCLXXX. Estan tambien adoptadas en España las acciones arbitrarias en la *ley 23. tit. 4. p. 3.*, tomadas en un todo del derecho romano.

§. MCCLXXI. Por derecho real de España las escepciones dilatorias se deben proponer y prorogar dentro de nueve dias, que no se pueden probar contados desde el dia en que debia contestar á la demanda, á no ser que fueren tan notorias que no hubiese necesidad de prueba. Las perentorias dentro de veinte dias contables desde la contestacion de la demanda, y se puede prorogar este término siempre que el reo jure no las supo antes, y que no procede de malicia objetarlos ahora, *l. 1. tit. 5. lib. 4.* Acev. *en dicha ley*, *not.* 3.

En España el que posee un año y un dia con justo título y buena fe, sabiéndolo el mismo que pide la cosa, no se le puede inquietar en su posesion, *l. 3. tit. 15. l. 4. R.* La que aunque parezca habla de aquellos lugares en que esta costumbre está establecida por fuero municipal, no obstante, es general para todas partes; tenemos un interdicto especial, que se llama de interim ó de posesion sumarísima, como le llaman nuestros AA. Semejante á los interdictos de retener, de los que casi nada se distingue, pues en él solo se atiende

quien ejerce la posesion antes de la litis-contestacion, y despues de recibirse una sumaria informacion sobre él, pronuncia el juez sentencia interlocutoria, sin que esta pueda perjudicar á los derechos de la propiedad y posesion verdadera, pues se concibe en estos términos: «entretanto que este »pleito se ve y determina definitivamente sin »perjuicio del derecho de las partes en posesion y »propiedad.”

§. DCCLX. Despues de tratar de las sucesiones, era regular hablar algo de las sucesiones mayorazgales. Como no se conocieron entre los romanos, ningun autor trata de ellas: como en la presente traduccion se ha procurado hacer esta obra unas instituciones de derecho comparado, nos parece oportuno añadir aqui algun tratado acerca de esta institucion.

Breve idea acerca de los mayorazgos, tomada de las Instituciones de Alvarez.

Mayorazgo (1) es *una institucion por la cual se prohibe la enagenacion de algunos bienes, y se establece el orden de personas que han de suceder en su posesion.* El derecho de fundar mayorazgos hace una parte del de testamentifaccion, y uno y otro son manifiestamente *institucion* del derecho. Aunque el mayorazgo se establezca por

(1) Con esta palabra se designa tambien el cúmulo de bienes en que consiste el mayorazgo, y vulgarmente se da este nombre al poseedor del mismo mayorazgo; pero aqui solo debe considerarse esta voz como representando una entidad legal.

contrato entre vivos, siempre participará de la naturaleza del testamento, porque es de la esencia de ambos el que en ellos se disponga de unos bienes cualesquiera para despues de la muerte del que hace la disposion. La *prohibicion de enagenar*, aunque de la esencia de los mayorazgos, es tambien comun á los demas bienes poseidos por manos muertas; asi que, la diferencia específica de los bienes amayorazgados es *el orden de personas que han de suceder en su posesion.*

Si este orden es el mismo que el que la ley 2ª *tit.* 15. *part.* 2ª, fijaba para la sucesion de la corona de España, el mayorazgo se llama regular. Si se diferencia de él en algo, se llama regular. Son varias las fórmulas por las cuales puede establecerse un mayorazgo regular, y en general se puede decir que no constando espresa y manifiestamente le intencion de un fundador de hacer irregular un mayorazgo, será éste tenido por regular. En la sucesion de los de esta especie, conforme á la designada en la ley (1) de Partida, debe tenerse presente: 1º la línea, porque la del último poseedor escluye á las demas: 2º el grado, porque en la línea llamada, el mas próximo pariente escluye al mas remoto: 3º el sexo, porque siempre es preferido el varon á las hembras de igual línea y grado; y 4º la edad, porque los mayores escluyen á los menores que les son iguales en línea, grado y sexo. En el mayorazgo regular se sucede por derecho de representacion, y por consiguiente los descendientes de los que llamados á suceder

(1) Ley citada del tit. 14. Part. 2.

murieron sin haber poseido el mayorazgo, son considerados como ocupando el mismo lugar que estos.

En los irregulares se sucede por el orden que los fundadores establezcan, que son árbitros en esto, asi como en poner las condiciones con que han de poseerse los mayorazgos. Los poseedores deberán cumplirlas siendo honestas y posibles; pero si no lo fuesen á nadie obligarian, y se reputarian por no puestas. Siendo tantas las alteraciones que pueden hacerse en el orden de suceder, que si se tratase de apurarlas tendrian que ser representadas por muchos guarismos, y ofreciendo poca utilidad tan molesto trabajo, hablaremos tan solo de las que suelen hacerse con alguna frecuencia, y constituyen las siete especies mas comunes de mayorazgos irregulares, que son las de los conocidos con los nombres de 1º *mayorazgo de agnacion*: 2º *de masculinidad*: 3º *de femineidad*: 4º *de segundogenitura*: 5º *alternativos*: 6º *saltuarios*: 7º *electivos* (1).

(1) Quizá alguno eche de menos en esta clasificacion los mayorazgos llamados de agnacion fingida y los incompatibles, que se han omitido de intento. La razon para escluir el de agnacion fingida ha sido que diferenciándose los mayorazgos segun el orden con que en ellos se sucede, y no principiando propiamente este orden hasta el caso de suceder al primer llamado, la circunstancia de que este sea ó no aguado no puede establecer una nueva especie de mayorazgo. De otro modo se deberian haber creado otras muchas especies de mayorazgos de cualidad fingida, haciendo una, por ejemplo, de los de temineidad, en que el primer llamado fuese varon; otra de los de segundagenitura, en que el primer llamado fuese primogenito, y asi de los demas. La incompatibilidad es considerada úni-

Mayorazgo de agnacion es *aquel á cuya sucesion son llamados únicamente los varones que descienden del fundador de varon en varon sin mediar hembra alguna.*

El de masculinidad es *aquel á cuya sucesion son llamados únicamente los varones, sin diferencia alguna entre los que proceden de hembra y los descendientes de varon.* Acerca de este mayorazgo y del anterior debe tenerse presente la Pragmática que el señor rey don Felipe III dió á peticion de las cortes celebradas en Madrid en el año de 1611, mandando por ella (1) que las hembras fuesen admitidas á la sucesion de los mayarazgos que se fundasen de alli en adelante (2), *si no fuese en caso que el fundador las escluyese y mandase que no sucedan, espresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean.*

Mayorazgo de femineidad es *aquel á cuya sucesion son llamadas las hembras, ó esclusivamente, ó con preferencia á los varones.* Esta especie de mayorazgo se subdivide en dos, que son: de contraria agnacion, y de contraria masculinidad. Por sus nombres se deja conocer que el primero

camente como una condicion que suele ponerse en algunos mayorazgos, pero que no puede dar lugar á una nueva especie, porque aun cuando por ella se altere alguna vez el orden de suceder, no se crea una constante y diferente de los demas. La incompatibilidad, lo mismo que cualquiera otra condicion justa, puede hallarse tanto en los mayorazgos regulares como en los irregulares.

(1) L. 8. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

(2) Esto es, desde el 15 de abril de 1615.

es aquel á cuya sucesion son llamadas tan solo las hembras que proceden de hembra, y el segundo aquel á cuya sucesion son admitidas las hembras, ya procedan de hembra, ya de varon.

Mayorazgo de segundogenitura es *aquel á cuya sucesion son llamados los hijos segundos por orden sucesivo.*

Alternativo es *aquel á cuya sucesion son llamados parientes de diversas líneas, de manera que á cada vacante que ocurra se varia de línea, alternando por su orden las llamadas.*

Saltuario es *aquel á cuya sucesion es llamado el pariente del fundador que al tiempo de la vacante sea el de mas edad.*

Electivo es *aquel en que los poseedores tienen facultad de elegir su sucesor entre sus hijos ó parientes.* Si un poseedor muriese sin usar de esta facultad, pasaria el mayorazgo al hijo primogénito, ó al que segun el orden regular de suceder correspondiese.

Estos mayorazgos irregulares, asi como todos los demas, de cualquiera especie que sean, se gobiernan por las mismas leyes y reglas que los regulares, escepto en la parte en que consista la irregularidad. Indicadas las especies mas comunes de esta, cuanto se diga acerca de la fundacion de los mayorazgos y de las propiedades de los bienes en que consistan, comprende tanto á los mayorazgos regulares como á los irregulares.

Antes de la Real cédula de 14 de mayo de 1789 (*), todos los que podian testar podian

(*) L. 12. tit. 17. de la Nov. Rec.

fundar libremente mayorazgos en favor de cualquiera de la tercera parte de sus bienes si tenian ascendientes, y de la quinta si tenian descendientes, y haciéndolo en favor de alguno de estos podian vincular por via de mejora el tercio y quinto. Para fundar mayorazgos de todos los bienes es para lo que únicamente se necesitaba licencia real; pero por la citada cédula se mandó, para evitar los males que produce la muchedumbre de mayorazgos, que no se puedan fundar, aunque sea por via de agregacion ó de mejora, de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenacion de bienes raices sin que preceda la licencia del rey. Para que esta se conceda debe ser á consulta de la cámara, y hacerse constar que las rentas del mayorazgo que se intenta fundar llegan, cuando menos, á tres mil ducados; que la familia del fundador es digna de ser empleada con utilidad del estado, y que los bienes en que ha de consistir el mayorazgo no son raices, ó al menos que la parte de bienes de esta especie que se quiere vincular es menor que la de efectos de rédito fijo, como censos, acciones de banco, efectos de villa y otros semejantes que entran á completar el mismo mayorazgo, y en los cuales deben consistir todos los que se funden. Ademas debe pagarse el veinte y cinco por ciento del valor total de lo que se vincule. Las vinculaciones hechas sin estos requisitos son nulas, y los bienes en que consistan deben pasar como libres á los herederos legítimos del fundador, á quienes compete reclamar la nulidad.

Pero observando lo prevenido en la cédula citada, cualquiera que pueda disponer de sus bienes puede fundar mayorazgos, establecer el orden con que se ha de suceder, y las condiciones que han de cumplir sus poseedores. Una de las que mas comunmente suelen ponerse es la de que la posesion de un mayorazgo sea incompatible con la de otros. Esta incompatibilidad puede ser de *ocho maneras*: 1.ª *espresa*, cuando el fundador la manifiesta con palabras terminantes en la fundacion: 2.ª *tácita*, cuando se infiere necesariamente de las cláusulas de ella; v. gr. cuando se mandase que los sucesores de un mayorazgo se firmen en primer lugar con el apellido del fundador, es manifiesto que el poseedor de un mayorazgo de esta especie no pueda obtener otro que exija la misma condicion: 3.ª *absoluta*, que impide la reunion con cualquier otro mayorazgo: 4.ª *relativa*, que solo la impide con ciertos y determinados: 5.ª *en adquirir*, que priva del derecho á los mayorazgos á que se refiere: 6.ª *en retener*, que prohibe que uno pueda poseer los mayorazgos incompatibles, pero le deja la facultad de elegir uno de ellos: 7.ª *personal*, cuando la incompatibilidad se refiere solo al poseedor: 8.ª *real* ó *lineal*, cuando comprende á toda la línea del poseedor. Todas estas especies de incompatibilidad se llaman de hombre, porque los particulares pueden á su antojo ponerlas en las fundaciones. Otra hay con el nombre de incompatibilidad legal, y es la establecida por la ley del señor don Carlos I, por la que mandó que cuando por causa de matrimonio se juntaren en una casa dos

mayorazgos, de los cuales uno llegue á producir de renta dos cuentos (*), escoja el primogénito el que quisiere, y el otro pase al segundogénito, y si no hubiese mas que uno, hágase esta division entre los hijos de este.

Los mayorazgos son por su naturaleza perpetuos, y lo serán aun cuando los fundadores no lo espresen asi en las fundaciones; pero si dispusieran manifiestamente lo contrario, los bienes amayorazgados se harán libres llegado el caso previsto en la fundacion.

Son tambien indivisibles, y solo puede ocurrir un caso muy raro, como es el de que nazcan de un parto dos varones ó dos hembras sin que se pueda averiguar cual nació primero, en el que el mayorazgo se dividirá por mitad (**).

Los bienes de mayorazgo son inenagenables por la sencillísima razon de que á ninguno de sus poseedores corresponde su dominio. Sin embargo, ademas de estar sujetos como los bienes libres á la enagenacion en favor del público en los casos de conocida utilidad, se pueden tambien enagenar en beneficio del mismo mayorazgo; pero para esto se necesita informacion de utilidad y consentimiento del próximo sucesor. La prohibicion de enagenar se estiende naturalmente á la de gravar de cualquiera manera que sea los bienes vinculados. No pudiendo estos bienes ser empleados en beneficio de otros que de los que son llama-

(*) Dos cuentos ó millones de maravedises equivalen á cincuenta y ocho mil ochocientos veinte y tres reales y setenta y ocho maravedis vellon.

(**) L. 12. Tit. 33. P. 7.

dos á suceder en su posesion, parecia que tampoco deberian recibir incremento en perjuicio de los poseedores de bienes libres. Sin embargo, por la ley 46 de Toro (*) se dispuso que las fortalezas que se hiciesen en los pueblos de mayorazgos, y los edificios construidos en los bienes de esta clase, pasasen á los sucesores del mayorazgo sin que los herederos de los que hicieron tales mejoras puedan reclamar su estimacion. Los intérpretes han querido estender la disposicion de la ley á todas las mejoras, de cualquier especie que sean, hechas en los bienes amayorazgados; pero acaso esta opinion tan seguida hasta aqui, está mas apoyada en autoridad que en la razon y en la crítica legal.

Tampoco estan obligados los poseedores de los mayorazgos á pagar las deudas que hayan contraido sus antecesores, porque no suceden á estos por derecho hereditario, sino por derecho de sangre ó de linage. Pero sí deben pagar las deudas contraidas por los fundadores antes de que fundasen el mayorazgo. No obstante, esta justa ventaja que llevan las deudas de los fundadores á las de los poseedores de los mayorazgos en la sucesion de estos, es de mas provecho la proximidad de parentesco de estos últimos que respecto de los primeros, porque la mayor proximidad respecto del último poseedor es lo que da la prelacion, tanto en la línea recta como en la transversal.

Estas son propiamente las dos únicas líneas por las cuales puede correr la sucesion de los

(*) L. 6. Tit. 17. Lib. 10 de la Nov. Recop.

mayorazgos; pero los intérpretes dan este nombre á otras muchas que designan con los de paterna y efectiva materna, masculina, femenina, contentiva ó comprensiva, actual ó posesoria de agnacion, de cualidad, de sustancia habitual, de primogenitura defectiva, electiva y postergada. No es de este lugar definir todas estas líneas que se hallan esplicadas en tantos autores como han tratado de mayorazgos, y que por otra parte no ofrecerá su inteligencia dificultad alguna á los legistas (*). Otras cosas hay en este asunto harto mas árduas, y que exigen un estudio profundo y detenido.

Aqui solo pondremos un caso en que podria ocurrir duda acerca de la preferencia de dos opositores á un mayorazgo. Un último poseedor tuvo un hijo natural, despues de cuyo nacimiento se casó y tuvo otro legítimo; muerta su muger pasó á segundas nupcias con la madre del hijo natural, y por consiguiente quedó este legítimado por subsiguiente matrimonio. Los legitimados de este modo son en todo iguales á los legítimos, y siendo de mas edad el legitimado, parece que debia ser el sucesor del mayorazgo. Sin embargo, la sentencia contraria es la mas fundada y seguida, porque la legitimacion no puede hacerse en perjuicio de los legítimos, ni privar á estos de los derechos que tengan adquiridos legalmente.

Los pleitos que ocurran acerca de la sucesion de los mayorazgos deben sustanciarse en las chan-

(*) Los que antes de estudiar esta materia no se hayan ocupado en formar árboles genealógicos, deben dedicarse á hacerlo para comprenderla mejor.

cillerías y audiencias; pero hay un juicio llamado de tenuta que es privativo del consejo. Cuando no se hace oposicion al sucesor, la posesion le es transmitida desde la muerte del último poseedor por ministerio de la ley, conforme á la 45 de Toro, por lo que á esta posesion se ha dado el nombre de *civilísima.*

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

ÍNDICE.

LIBRO SEGUNDO.

Pag.

Título XVII. *De que modos se invalidan los testamentos.* 1
Tit. XVIII. *Del testamento inoficioso.* 6
Tit. XIX. *De la cualidad y diferencia de los herederos.* 12
Tit. XX. *De los legados.* 20
Tit. XXI. *Modo de quitar y transferir los legados.* 48
Tit. XXII. *De la ley Falcidia.* 53
Tit. XXIII. *De las herencias fideicomisarias y del senadoconsulto Trebeliano.* 60
Tit. XXIV. *De las cosas singulares dejadas por fideicomiso.* 72
Tit. XXV. *De los codicilos.* 74

LIBRO TERCERO.

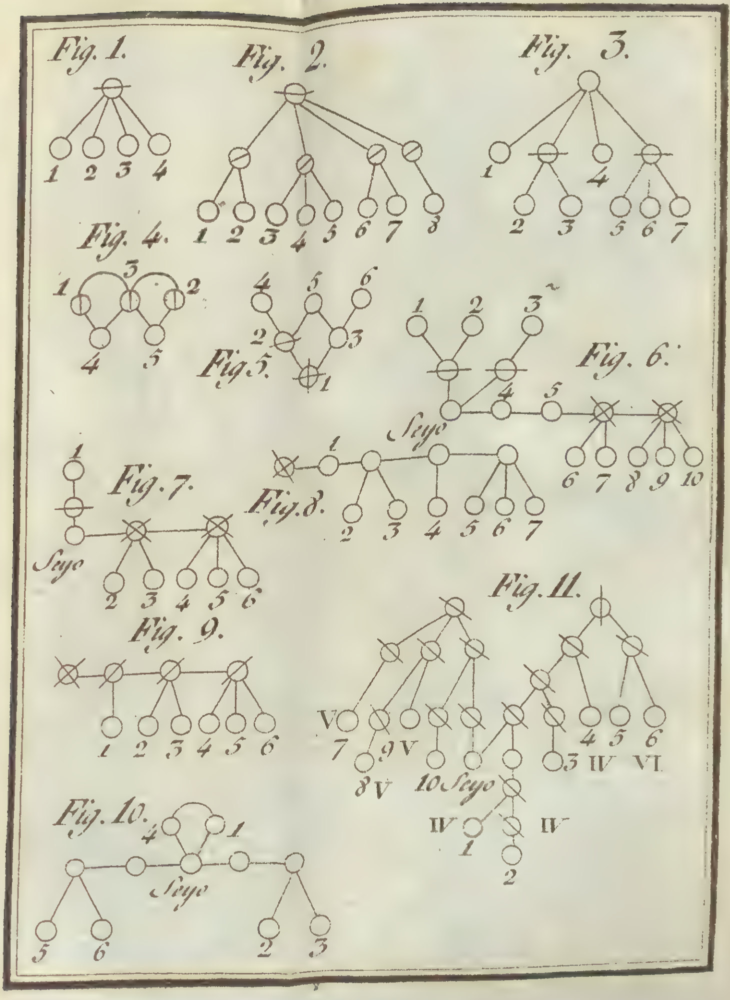
Tit. I hasta el tit. XIII. *De la antigua sucesion abintestato.* 80
De la sucesion de los ascendientes. . . . . . id.
De la sucesion de los colaterales. 90
De la sucesion de los cónyuges. 93
De la sucesion del fisco. 95
Tit. XIV. *De las obligaciones.* 96

Tit. XV. *De que modos se contrae obligacion por la cosa.* 112
Tit. XVI. *De las obligaciones verbales.* . . . 129
Tit. XVII. *De lo que sucede cuando hay dos reos de estipular y prometer.* 135
Tit. XVIII. *De las estipulaciones de los siervos.* 139
Tit. XIX. *De la division de las estipulaciones.* 141
Tit. XX. *De las estipulaciones inútiles.* . . . 147
Tit. XXI. *De los fiadores.* 154
Tit. XXII. *De las obligaciones literales.* . . . 164
Tit. XXIII. *De las obligaciones que nacen de consentimiento.* 170
Tit. XXIV. *De la compra y venta.* 172
Tit. XXV. *De la locacion y conduccion.* . . . 188
Tit. XXVI. *De la sociedad.* 207
Tit. XXVII. *Del mandato.* 215
Tit. XXVIII. *De las obligaciones que resultan de los cuasi-contratos.* 222
Tit. XXIX. *Por medio de que personas podemos adquirir una obligacion.* 237
Tit. XXX. *De que modos se estingue la obligacion.* 238

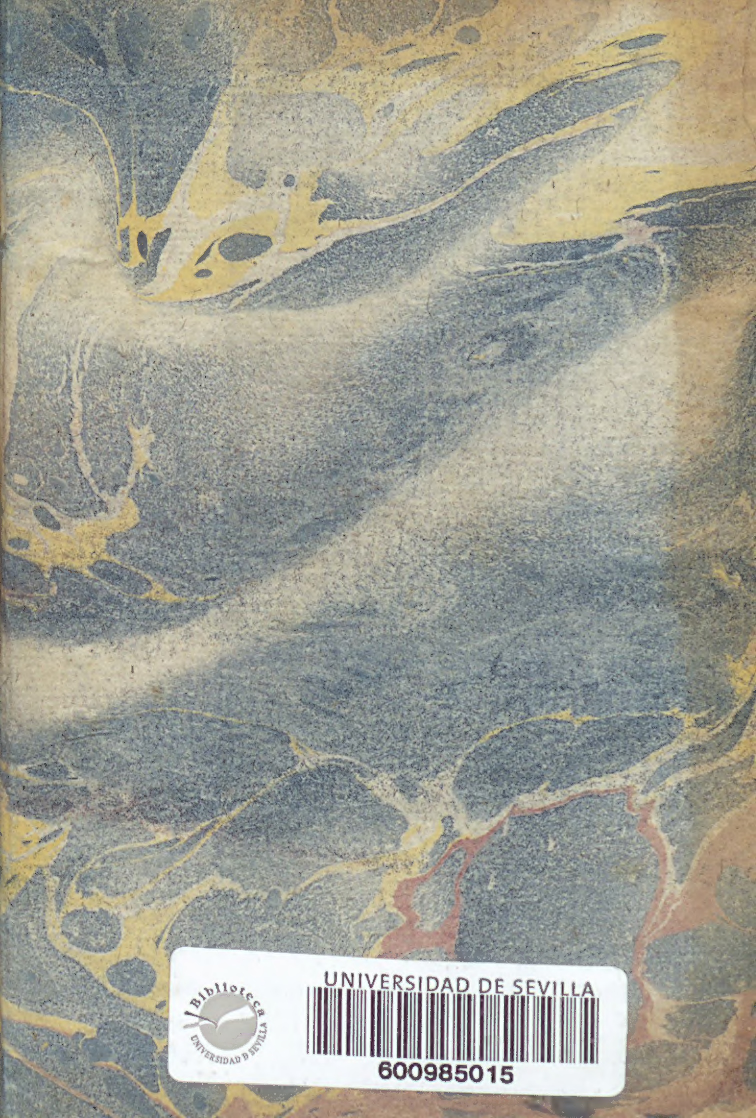
LIBRO CUARTO.

Tit. I. *De las obligaciones que nacen del delito.* 253
Tit. II. *De los bienes robados.* 267
Tit. III. *De la ley Aquilia.* 270
Tit. IV. *De las injurias.* 277
Tit. V. *De las obligaciones que nacen del cuasi-delito.* 284

Tit. VI. *De las acciones.* 292
Tit. VII. *De los que negocian con los que estan bajo de potestad agena.* 333
Tit. VIII. *De las acciones noxales.* 344
Tit. IX. *De los menoscabos causados por las bestias.* 347
Tit. X. *De aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio.* 349
Tit. XI. *De las cauciones.* 354
Tit. XII. *De las acciones perpetuas y temporales, y de las que pasan á los herederos y contra los herederos.* 357
Tit. XIII. *De las escepciones.* 364
Tit. XIV. *De las réplicas.* 368
Tit. XV. *De los interdictos.* 369
Tit. XVI. *De la pena de los litigantes temerarios.* 376
Tit. XVII. *Del oficio del juez.* 379
Tit. XVIII. *De los juicios públicos.* 385
Compendio histórico del derecho romano desde Rómulo hasta nuestros dias. 399
Catálogo de libros del derecho romano. . . . 413
Notas. 461
Breve idea acerca de los mayorazgos tomada de las instituciones de Álvarez. 589


Fig. 1.
1 2 3 4
Fig. 2.
1 2 3 4 5 6 7 8
Fig. 3.
1 2 3 4 5 6 7
Fig. 4.
1 3 2
4 5
Fig. 5.
4 5 6
2 3
1
Fig. 6.
1 2 3
4 5
Seyo
6 7 8 9 10
Fig. 7.
1
Seyo
2 3 4 5 6
Fig. 8.
1
2 3 4 5 6 7
Fig. 9.
1 2 3 4 5 6
Fig. 10.
4 1
Seyo
5 6 2 3
Fig. 11.
V 7
9 V
8 V
10 Seyo
3 IV VI
4 5 6
IV 1
IV 2






RECITACIONES
DE
HEI[illegible]CIO
2


colorchecker CLASSIC
calibrite
mm